Hauptpunkte der Lehre vom Schadensersatz nach Deutschem Bürgerlichen Recht, verglichen mit dem alten und neuen Türkischen Recht.

Abhandlung

zur

Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der
Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität
zu Bonn

vorgelegt von

Sadık Arda

aus Ankara-Türkei

Druckerei Josef Kroth, Bonn, Breitestraße 13,
1938

Angenommen auf Bericht
der Herren Prof. Dr. K. Th. Kipp
und Prof. Dr. Wolfgang Kunkel

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Dem hochverehrten
Herrn Staatsrat Selahattin Odabaşıoglu
in Dankbarkeit gewidmet.

Gliederung.

Einleitung.

Rechtsgeschichtliches 11
1. Die vorislamische Zeit 11
2. Die islamische Zeit 13
3. Die Erneuerungsversuche 15

I. Abschnitt:

Das Schadensersatzrecht nach dem islamisch-türkischen Recht . . 18

II. Abschnitt:

Die Hauptpunkte der Schadensersatzlehre nach dem BGB. . . 26
A. Einleitung 26
I. Begriff des Schadens 26
II. Arten des Schadens 26
B. Die Stellung des Gesetzes zum Schadensersatz . . . 27
I. Die Aufgabe des Schadensersatzes 27
II. Der Umfang des Schadensersatzes 27
1. Der Kausalzusammenhang 28
a) Mehrere Theorien der Kausalität . . 28
a1) Der philosophische Kausalitätsbegriff . 28
a2) Die Theorie der conditio sine qua non . 28
a3) Bindings Gleichgewichtstheorie . . . 30
a4) Birkmeyers Kausalitätsbegriff . . . 30
a5) Die Theorie der adäquaten Kausalität . 31
b) Die Unterbrechung des Kausalzusammenhangs 35
c) Selbständige Verursachung 36
d) Verursachung durch mehrere Personen . . 38
e) Kausalität der Unterlassung 40
2. Entgangener Gewinn 42
3. Die §§ 842—847 BGB. 47
4. Ersatzansprüche Dritter 50
a) Im allgemeinen 50
b) Die Ansprüche aus den §§ 844—845 . . . 55
b1) Allgemeines 55
b2) Im Falle der Tötung wegen entzogener Unterhaltsberechtigung 56
b3) Im Falle der Entbehrung von Diensten . 58

III. Die Arten des Schadensersatzes 58
1. Der Grundsatz der Naturalherstellung . . 58
a) Seitens des Schuldners direkt 58
b) Indirekte Herstellung seitens des Schuldners durch Leistung der dazu erforderlichen Geldsumme 59
2. Ausnahmen des Grundsatzes 60
a) Rechte des Gläubigers 60
a1) Die Geldentschädigung als gesetzliches Mittel der vollen Entschädigung . . . 60
b1) Das Recht des Gläubigers, nach Fristsetzung Geldentschädigung zu fordern . 61
c1) Die Wirkung der Fristbestimmung . . 62
d1) Die Wirkung der unangemessenen Frist 62
e1) Die Rechte des Gläubigers aus § 251, Abs. I 63
b) Rechte des Schuldners 64
a1) Entschädigung in Geld bei Unmöglichkeit der Wiederherstellung 64
b1) Entschädigung in Geld, wenn die Wiederherstellung nur mit unverhältnismäßig großen Aufwendungen möglich ist 66
c) Maßstab der Schadensersatzbemessung bei der Geldentschädigung 66
3. Die Rente 68
a) Das Wesen der Rente 68
b) Anrechnung der Pensionsgelder 69
4. Ersatz des Nichtvermögensschadens . . . 70
a) Die Unmöglichkeit der Geldentschädigung . 70
b) Die Zulässigkeit der Naturalherstellung . . 72

IV. Das mitwirkende Verschulden des Geschädigten . 73
1. Begriff des Verschuldens im allgemeinen . 73
2. Das Verschulden im technischen Sinne . . . 75
3. Das Verschulden gegen sich selbst 76
a) Begriffliches 76
b) Kritik und eigene Auffassung zum Verschulden gegen sich selbst 77
c) Die Zurechnungsfähigkeit des Geschädigten . 80
d) Gefährdungshaftung des Geschädigten . . 80
4. Das Unterlassen des Gläubigers, den Schuldner auf den unverhältnismäßig hohen Schaden aufmerksam zu machen 81
5. Das Unterlassen des Gläubigers, den Schaden abzuwenden oder zu mindern 83
6. Die Abwägung der Verursachung 84

7. Die Wirkung der Ausübung einer sittlichen Pflicht bei Abwendung einer Gefahr . . . 87
8. Die Wirkung des Mitverschuldens auf den Schadensersatz 88
9. Der Geschädigte hat auch das Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen zu tragen 89

V. Vorteilsausgleichung beim Schadensersatz . . . 92
1. Allgemeines 92
2. Das Recht des Schuldners aus § 255 . . . 99
3. Trifft den Gläubiger eine Verpflichtung zur Auskunftserteilung oder nicht? 101

III. Abschnitt:

Der Schadensersatz nach dem neuen türkischen Obligationenrecht 103

A. Grundsätzliches 103
I. Begriff des Schadens 104
II. Arten des Schadens 105

B. Die Stellung des Gesetzes zum Schadensersatz . . . 105
I. Umfang des Schadensersatzes 105
1. Der Kausalzusammenhang 105
2. Die Feststellung der Größe des Schadens . . 112
3. Entgangener Gewinn 112
4. Besondere Fälle des Schadensersatzes . . . 113
5. Ersatzansprüche Dritter 115
6. Festsetzung der Höhe des Schadensersatzes . . 117

II. Arten des Schadensersatzes 122

III. Genugtuung 124

IV. Gründe der Herabsetzung des Schadensersatzes . 129
1. Die Einwilligung des Geschädigten 129
2. Das Mitverschulden des Geschädigten . . . 131
3. Die Erschwerung der Stellung des Schädigers . 134
4. Wann liegt eine Herabsetzung in Art. 44 vor? . 134
5. Die Notlage des Schädigers 134
V. Die Vorteilsausgleichung 135

Schlußwort 136

Literatur

Adil, Hacı: Borçlar Kanunu Şerhi I. 1929, Istanbul.

Atif: Şuhuru Mecelle. 1327, Istanbul.

von Bar: Zur Lehre von der culpa und dem Kausalzusammenhang in Straf- und Zivilrecht, in Grünhuts Ztschr. Bd. 4, S. 25.

Baur, Fritz: Entwicklung und Reform des Schadensersatzes. 1935, Berlin.

Berner: Eigenes Verschulden des Beschädigten. 1902, Leipzig.

Besecke, Walter: Die Schadensersatzpflicht bei nichtökonomischen Schäden. 1914, Erlangen.

Bienenfeld: Eigenes Verschulden oder Mitverschulden des Verletzten kann auch im Falle einer zivilrechtlichen Unverantwortlichkeit Ersatzansprüche für ihn ausschließen oder einschränken. In Seufferts Bl. Bd. 68 S. 489.

Binding: Die Normen und ihre Übertretung, I. Bd., 2. Aufl.

Birkmeyer: Über Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht. Gerichtssaal Bd. 37.

Bisoukides, Perikles: Türkisches Recht (in H.d.R.W.).

Brühlmann, Werner: Haftung und Rückgriff im Schadensersatzrecht. 1927, Bern.

Burckhardt, Chr.: Die Revision des schweiz. Obligationenrechts im Hinblick auf das Schadensersatzrecht. Zt. f. schweiz. Recht Bd. 22 S. 469.

Cosack: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I. Bd., 8. Aufl.

Crome: System des Bürgerlichen Rechts, Bd. I.

Degenkolb: Der spezifische Inhalt des Schadensersatzes, in Archiv f. ziv. Praxis Bd. 76.

Dölle, Hans: Vom alten zum neuen Schuldrecht, DJZ. Bd. 34 S. 1016.

Dungs, Herm.: Drei Fragen über die Haftung aus unerlaubten Handlungen, in Gruchot Bd. 54 S. 545.

Ebbecke, Ernst: Der Ersatz des Nichtvermögensschadens. 1933, Köln.

Egger: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch. 1930, Zürich.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. I, II.

Ennecerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Schuldrecht. 18. Aufl., bearb. von Lehmann.

Fick: Kommentar zum schweiz. Obligationenrecht.

Fischer: Der Schaden nach BGB. 1903.

Gierke, Otto von: Deutsches Privatrecht, Bd. 3: Schuldrecht. 1917.

Goldzieher: Mohammedanisches Recht in Theorie und Wirklichkeit, in Zt. f. vergl. Rechtswissenschaft, Bd. 8.

Gottschalk: Das mitwirkende Verschulden. 1903.

Großmann: Schadensersatz. 1920, Zürich.

Hauck, Kurt: Das Recht des Ersatzpflichtigen auf Abtretung der dem Ersatzberechtigten gegen Dritte zustehenden Ansprüche nach § 255 BGB. 1929, Leipzig.

Haydar, Ali: Dürerülhükam Şerhi mecelleletül ahkâm. 1316, Istanbul.

Häberlin: Das eigene Verschulden des Geschädigten im schweiz. Schadensersatzrecht. 1924, Bern.

Heck: Grundriß des Schuldrechts. 1929.

Hedemann, J. Wilhelm: Schuldrecht des bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Aufl. 1931, Berlin u. Leipzig.

Hellwig: Die Verträge auf Leistung an Dritte. 1899.

Jans: Das eigene Verschulden des Geschädigten bei Schadensersatzansprüchen in § 254 BGB. 1929, Erlangen.

Im Hof, Walter: Die Art und Größe des Schadensersatzes. 1912, Basel.

Kahn: Culpa compensation und Gehilfenhaftung, Arch. f. bürg. Recht Bd. 34 S. 315 ff.

Klee: Kausalzusammenhang in Posener's Rechtslexikon.

Kluckhohn: Zwei Fragen des Schadensersatzrechts, Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 111.

Koch: Über die Konkurrenz von Schadensersatz- und Versicherungsansprüchen. Gruchot Bd. 68, S. 417 ff.

Köhler, Karl: Umfang der Schadensersatzpflicht in Geld nach dem BGB. Rostock.

Kohler, Josef: Islamitisches Obligationen- und Pfandrecht. Zt. f. vgl. R.W. Bd. 6.

— Zum Islamrecht, Zt. f. vergl. R.W. Bd. 17.

— Studien aus dem Strafrecht Bd. I.

Krämer, Alfred von: Geschichte der herrschenden Ideen des Islams. 1868, Leipzig.

Kreß: Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts. 1929.

Kries, von: Über den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen derselben, Vierteljahresschrift für wissenschaftl. Philosophie, Bd. 12.

Lamb, Herold: Dschingis Khan, od. der Herrscher der Erde, übersetzt von Dagobert von Mikusch.

Lange, Heinrich: Vom alten zum neuen Schuldrecht. 1934, Hamburg.

Leyden, von: Die sogenannte culpa compensation im BGB. 1902, Berlin.

Leonhard: Das Schuldrecht des BGB. Bd. I: Allgemeines Schuldrecht. 1929. Bd. II: Besonderes Schuldrecht. 1931.

Lindau: Rechtsanschauung im Islam. Zt. f. vergl. R.W. Bd. 17.

v. Liszt-Schmidt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 25. Aufl. 1927.

Mandl, Wladimir: Zivilistischer Aufbau des Schadensersatzrechts. 1932, Breslau.

Meyer, And.: Verursachung und Verschulden in der Lehre vom Schadensersatz. 1916, Heidelberg.

Neuner: Interessen- und Vermögensschaden in Archiv f. ziv. Praxis, Bd. 133, S. 277 ff.

Oberscheidt: Die Schadensforderung aus dem Interesse eines Dritten. 1928, Bonn.

Oertelt: Der Schadensersatzanspruch der Drittgeschädigten. DJZ. 1913 S. 799 ff.

Oemer Hilmi: Miyarül adalet. 1301, Istanbul.

Oertmann, Paul: „Schadensersatz" in: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft.

— Der Einfluß bestehender Unterhaltsansprüche auf die Schadensersatzansprüche aus BGB., in Festgabe für Otto v. Gierke. 1911.

— Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch. 1901.

Oser: Kommentar zum Schweiz. Obligationenrecht.

Planck: Kommentar zum BGB. II,1 u. II, 2. 4. Aufl.

Przibilla: Das mitwirkende Verschulden der Vertreter und Gehilfen. JW. 1909, 179 ff.

Radbruch: Die Lehre von der adäquaten Verursachung. 1902, Berlin.

Rospatt: Ein Beitrag zur Lehre vom konkurrierenden Verschulden. Das Recht, Jahrg. 6, S. 96 ff.

Reinhardt, Rudolf: Der Ersatz des Drittschadens. 1933.

Risch, Fr.: Johann de Plano Carpini, Geschichte der Mongolen und Reisebericht. 1930, Leipzig.

Rodig: Die Schadensliquidation im Drittinteresse. 1930, Jena.

Rümelin: Die Verwendung der Kausalbegriffe in Straf- und Zivilrecht, Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 90, S. 171 ff.

— Max: Das Verschulden in Straf- und Zivilrecht. 1909, Tübingen.

Sabri, Şakir: Borçlar kanunu şerhi. 1926, Istanbul.

Sachau: Zur ältesten Geschichte des mohammedanischen Rechts. 1870, Wien.

Samim, Ahmet: Borçlar Hukuku. 1934, Istanbul.

Sauser-Hall: Borçlar hukukunun umumi nazariyeleri in Zt. Hukuk Fakültesie mecmuasi. 1930, Istanbul.

Schacht, Josef: G. Bergsträssers Grundzüge des islamischen Rechts. 1935, Berlin.

Schidwikowski: Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen aus fremden Interessen. 1925, Breslau.

Schmidt, R.: Die sogenannte culpa compensation nach dem Recht des BGB. 1902, Jena.

Schneider: Gedanken von Treu und Glauben im § 254, II des BGB., in Archiv für Bürgerl. Recht. Bd. 37, S. 160 ff.

Schröder: Deutsches Privatrecht. 1921

— Die Bedeutung der Verweisung auf den § 278 im zweiten Absatz des § 254, Arch. f. ziv. Praxis Bd. 95, S. 298 ff.

Schumann, Wolfg.: Das eigene Verschulden, ein Verschulden gegen sich selbst oder gegen Dritte? 1923, Marburg.

Soergel: Kommentar zum BGB., I. Bd. 3. u. 6. Aufl.

Staudinger: Kommentar zum BGB. 9. Aufl.

Süßmann, Welchen Einfluß hat der Umstand, daß bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt hat? 1903, Rostock.

Titze: Recht der Schuldverhältnisse. 4. Aufl.

Träger: Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht. 1904.

— Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zvilrecht, in Festgabe f. Enneccerus S. 1 ff.

Tuhr, von: Allgemeiner Teil des BGB.

— Eigenes und fremdes Interesse bei Schadensersatz aus Verträgen, Grünhuts Ztschr Bd. 25.

— Besprechung des Buchs von Hellwig, Gruchot Bd. 43.

— Besprechung des Buchs von Fischer, Gruchot Bd. 47.

— Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts.

— Naturalherstellung und Geldersatz, Jherings Jahrbücher Bd. 46 S. 39 ff.

Tuor: Das neue Recht. 1912, Zürich.

Warneyer: Kommentar zum BGB. 1923.

Wendt: Eigenes Verschulden des Geschädigten, Jherings Jahrbücher Bd. 31, S. 137 ff.

Weyl: System der Verschuldensbegriffe im BGB. 1905, München.

Wiggert, Erich: Die Geltendmachung fremden Schadens. 1933, Würzburg.

Wilburg, Walter: Die Lehre von der Vorteilsausgleichung. Jherings Jahrbücher Bd. 82, S. 51 ff.

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl., 1906.

Zitelmann: Operationsweigerung und eigenes Verschulden, in Archiv für bürg. Recht Bd. 40, S. 213 ff.

— System des Bürgerl. Gesetzbuches: Allgemeiner Teil. 1900.

Einleitung.

Rechtsgeschichtliches.

Die geschichtlichen Forschungen über die türkische Urgeschichte sind leider zu neu, um ein umfassendes Bild über das kulturelle Leben der Alt-Türken, ihre Sitten und Gebräuche, sowie ihr Rechtsleben zu geben. Erst der seit ein paar Jahren unternommenen, zielbewußten Arbeit der „Türk tarih Kurumu" (Gesellschaft für türkische Geschichte) ist es zu verdanken, daß es unter der Führung und starken Unterstützung Atatürks gelang, den Anfang der türkischen Geschichte nicht in der Wanderung der Osmanen nach Anatolien zu sehen, sondern ein kulturelles und in jeder Hinsicht zu Stolz berechtigendes Vorleben in allen Erdteilen zu beweisen. Diese Forschung ist so notwendig und erwünscht, weil sie endlich einmal die subjektiven Berichte der besiegten Völker, geschlagenen Kreuzzügler und erfolglosen Missionäre durch geschichtlich objektive Tatsachen widerlegt.

In der türkischen Rechtsgeschichte muß man drei Epochen unterscheiden:

1. die vorislamische Zeit,
2. die islamische Zeit,
3. die Zeit der Erneuerungsversuche im Sinne der Europäisierung.

1. Die vorislamische Zeit.

Für die Geschichte der vorislamischen Zeit kann man mehrere große türkische Staaten nennen, über deren Einrichtungen und Rechtsgedanken einigermaßen Kenntnisse herrschen. Dies sind die Staaten:

Hiyogno,
der türkische Staat Tukio,
der uygurische Staat Ost-West,
der kirgisische Staat,
der türkmenische Staat,
und der Staat Kurluk.

Aus den Funden[1]) ist ersichtlich, daß die alten Türken geschriebene Gesetze hatten, die sich entweder aus dem Gewohnheits-

1) Reichliche Funde werden in den alten türkischen Gräbern „Kurgan" gemacht. Nach Radloff unterscheidet man die beiden Zeitperioden Bronzezeit (3000—600 v. Chr.) und Eisenzeit (600 v. Chr. bis 100 n. Chr.). Von den Funden über die alten Türken berichten uns Lamaki, Stratenberg, Pallas, Klaprat und vor allem Radloff.

recht herausbildeten oder von den Stammesführern, den Hakans, gegeben wurden.

Strafrechtlich waren die Verbrechen in leichte und schwere eingeteilt. Für leichte Verbrechen wurde der Täter dadurch gekennzeichnet, daß man ihm im Gesicht eine Wunde machte, die für immer eine Spur zurückließ, so daß seine Tat dadurch stets offensichtlich war. Die Strafe für schwere Verbrechen war Tod. Aufstand, Mord, ein angebundenes Pferd stehlen usw., waren schwere Verbrechen. Verletzungen, ein unangebundenes Pferd oder sonst etwas stehlen, waren leichte Verbrechen.

Für das Privatrecht gibt es sehr wenig geschriebenes Recht, doch geben uns die Funde genügend Anhalt, um die gewohnheitsrechtliche Anerkennung des Mobiliar- und Immobiliareigentums (und zwar im Gegensatz zum römischen Recht auch für die Sklaven geltend) anzunehmen. Vertrag und der damit verbundene Gedanke der Vertragstreue u. ä. gab es bei den Türken auch. Alte geschriebene Verträge sind Zeugen dieser Behauptung.

Die türkische Familie war eine patriarchalische. Die Vielehe war gestattet, aber die Strafe für uneheliche Beiwohnung war Tod. Die Ehescheidung war auch gestattet.

Es gab gesetzliche und eingesetzte (testamentarische) Erben. Die Kinder waren gleichberechtigte Erben. Als nächste Erbschaftsverwandte kamen dann Brüder und Neffen. Die Testamentsfreiheit war unbeschränkt. Das Testament war formpflichtig. Es mußte geschrieben und von Zeugen unterschrieben sein. Es gab auch beim Testament die Möglichkeit, verschiedenstufige Testamentsvollstrecker zu ernennen.

Der erste Versuch, das Gewohnheitsrecht in Form eines Gesetzes zu regeln, gelang Oguz, dessen Gesetz „Yasa" hieß, doch ist uns Näheres darüber nicht bekannt. Ihm folgte in dieser Richtung Dschingiz, der, von Geburt ein Mongole, im Palast des türkischen Herrschers Tugrul erzogen worden war. Als Tugrul alt wurde, riß Dschingiz mit Gewalt die Macht an sich, wodurch die mongolische Herrschaft begründet wurde. Das Gesetz war in türkisch-uygurischen Buchstaben mongolisch geschrieben. Die Rechtssätze, die er im Gesetz übernommen hatte, waren alte, damals sich in Geltung befindende türkische Rechtssätze. Die Annahme erfolgte durch Zustimmung einer Versammlung. Dieses Gesetz, ebenfalls Jasa oder Jasak genannt, enthielt verfassungs-, straf- und zivilrechtliche Bestimmungen,[2])

---

2) Karpini Übersetzung S. 102; Lamb S. 15 ff.

2. Die islamische Zeit.

Eine zweite Periode des türkischen Rechtslebens beginnt mit der unfreiwilligen Annahme des mohammedanischen Glaubens[3]), der die Türken oft zwang, ihre Art aufzugeben. So tritt auch an Stelle der türkischen Rechtsanschauung die mohammedanische.

Die Quelle des mohammedanischen Rechts ist hauptsächlich der Koran, der als Gotteswort gilt und unveränderlich feste Grundsätze besitzt. Er enthält neben religiösen Grundsätzen, Geboten und Verboten auch bürgerlich-, straf- und öffentlichrechtliche Bestimmungen. Die Grundsätze des Korans sind durch die Taten und Worte des Propheten ergänzt.

Mohammed war bekanntlich ein Araber. Deswegen konnten auch seine Grundsätze von der arabischen Rechtsanschauung und dem ungeschriebenen Gewohnheitsrecht nicht frei sein. Sie wurden in starkem Maße von dem beduinisch-altsemitischen Gewohnheitsrecht beeinflußt. Außer dieser Einwirkung des Altsemitischen ist auch noch die des Römischen zu erkennen.

Als Schöpfer des neuen Rechts war Mohammed zu seiner Zeit auch zweifellos die höchste Autorität und deswegen auch der höchste Richter. Nach seinem Tode wurde ein Stellvertreter erwählt, der den Namen „Halife" (Kalif) erhielt und die Stellung des obersten Richters einnahm.

In den Fällen, in denen der Wortlaut des Korans und die Entscheidungen und Taten des Propheten nicht zur Aufklärung oder Lösung des Problems genügten, wurde nach dem Tode des Propheten durch eine Versammlung derjenigen, die den Propheten noch gekannt hatten und darum seine Ideen besser vertreten konnten, die Lage entschieden. Nach dem Aussterben der Mitlebenden (die „Nachfolger") wurde die „Übereinstimmung der Genossen" zur dritten Rechtsquelle, ein kommentierender und ergänzender Nachtrag zu den beiden ersten Quellen. Diese Entscheidungen und Anordnungen wurden als richtig anerkannt und für ähnliche Fälle angewandt. Diese 3. Quelle hieß „Icma". Eine 4. und sehr wichtige Quelle war die Analogie „Kiyas". Sie beruht auf ausdrücklichen Aussprüchen des Propheten für die Zulässigkeit der Analogie unter der Einschränkung, daß sie den Anschauungen des Islam treu bleiben muß.

Die produktive Periode der Rechtswissenschaft war im 2. Jahrhundert des Islams zu Ende. Es erfolgt darauf die Konsolidierung in Schulen.[4]) Durch die vielfältige Gestaltung der Lebensbedingungen und durch die Verbreitung des islamischen Gebiets und des damit verbundenen islamischen Glaubens kamen viele

3) 2. Hälf. des 7. bis Anfang des 9. Jhrh.
4) Bergsträsser S. 15.

Völker hinzu, deren verschiedene Anschauungen auch im Islam durch 4 verschiedene Rechtsschulen ihren Ausdruck fanden. Diese 4 Rechtsschulen erkennen sich gegenseitig als rechtgläubig an und übernehmen sogar in manchen Fällen die Einzelentscheidungen voneinander, da sie sich nicht in den Grundgedanken der Religion, sondern nur in der verschiedenartigen Behandlung der nebensächlichen Fragen voneinander unterscheiden. Diese Rechtsschulen sind hanefitische, malikitische, schafiitische und die hambelitische Schule, von denen die hanefitische besonders nach der Übernahme des Kalifats durch den türkischen Sultan Selim I. die bedeutendste wurde. Der Begründer dieser Schule ist Imam Ebu Hanife, auch Imam Azam genannt. Er gründete in der Mitte des 8. Jahrh. in Bagdad seine Schule. Das charakteristische Merkmal dieser Schule gegenüber den anderen ist die Zulässigkeit des „Rey".[5])

Bis zur Mitte des 16. Jahrh. dauerte diese Periode ungeschriebenen Rechts an. Erst im 16. Jahrh. hat Suleyman der Prächtige, der in der Türkei wegen seiner gesetzgeberischen Tätigkeit „kanuni" genannt wird, den Versuch unternommen, die in den Rechtsbüchern enthaltenen, oft miteinander in Widerspruch stehenden Rechtssätze in einem einheitlichen Gesetz zusammenzufassen, doch beschränkte er sich auf Strafrecht, Markt- und Polizeiordnung. Auf dem Gebiet des Zivilrechts ist jedoch ein solches, an sich notwendiges Ergebnis nicht zu verzeichnen. Zur selben Zeit erfolgte eine staatliche Regelung der Rechtspflege und wurde für die Ausbildung des Richterstandes gesorgt. So war im 16. Jahrh. die Rechtspflege der Türkei der Europas weit überlegen, insbesondere in ihrer Einheitlichkeit.[6]) Nach Ablauf des 16. Jahrh. aber geht diese Überlegenheit im selben Maße zurück, wie die türkische Machtstellung nachläßt.

Es ist m. E. falsch, das islamische Recht von Grund aus als ein primitives zu mißachten. Man muß zugeben, daß es überholt und veraltet ist und den heutigen Bedürfnissen besonders wegen der durch die religiöse Eigenschaft notwendigen Unabänderlichkeit nicht entsprechen kann. Es kann aber auch nicht geleugnet werden, daß eine Rechtsform geschaffen wurde, die mehrere Jahrhunderte lang von überlegener Geltung war, sogar in manchen Punkten bis ins 20. Jahrhundert hinein nicht übertroffen wurde. Ich erwähne absichtlich als

5) „Rey" heißt wörtlich: Meinung, Ansicht, Stimme. Es ist eine freie Meinungsbildung durch vernunftmäßiges Denken im Dienste der Fortbildung des Rechts. Wenn in den genannten Quellen kein entsprechender Grundsatz für einen konkreten Fall zu finden war, war es nach der haneftischen Lehre zulässig, daß der Richter eine nach dem Billigkeits- und Rechtsgefühl des Volkes gerechte Entscheidung trifft.

6) G. Bergsträsser S. 21; Sperl S. 4.

Beispiel die Stellung der Frau, die wegen der gesetzlich erlaubten Polygamie ohne Zweifel eine schlechte war. Nach dem islamischen Recht besaß sie jedoch manche Rechte, die ihr in den anderen Kulturländern erst in neuester Zeit gegeben wurden. Beispielsweise konnte die mohammedanische Frau allein Vormund werden,[7]) sogar nach Ansicht der Schiiten in bürgerlichen Rechtssachen Richterin werden.

3. Die Erneuerungsversuche.

Das islamische Recht hatte seine Aufgaben erfüllt und blieb noch lange nach seiner Zeit als reformbedürftiges und unvollkommenes Recht in Geltung. Besonders die Entwicklung der Handelsbeziehungen ließ die Unzulänglichkeit der alten religiösen Rechtsgedanken erkennen. So wurde 1850 die Rechtserneuerung der Türkei mit dem Erlaß eines neuen, von den europäischen Ideen völlig beeinflußten Handelsgesetzbuches begonnen. Die Rechtserneuerung und Verbesserung war schon im Jahre 1839 von Mecit (Medschit) I. feierlich versprochen worden, was wohl dem verdienstvollen Ministerpräsidenten Büyük Reşit Paşa (Büjük Reschit Pascha) zu verdanken ist. Aber mit dem neuen Handelsgesetzbuch wurde nicht alles geschaffen. Es entstand sogar ein Dualismus, denn die manchmal in einem Handelsprozeß sich ergebenden Nebenfragen sollten nach dem Scheriatrecht geregelt werden, das noch immer ungeschrieben nur mühselig aus vielen Büchern des „Fikih" (Fikich) herauszufinden war. Ein Vorschlag des derzeitigen Ministerpräsidenten Ali Paşa (Ali Pascha), den code civil ganz zu übernehmen, wurde von dem Sultan abgelehnt. Die Schwierigkeiten wurden dadurch größer, daß die Handelsgerichte nach europäischem Muster gebildet waren und die Richter, die in diesen Gerichten Recht sprachen, nicht nach dem islamischen Recht ausgebildet waren und deswegen aus den Fikihbüchern die richtige Lösung nicht zu finden vermochten, denn es bedarf dazu besonderer Gewandtheit. Besonders der Fikih der hanefitischen Lehre war durch die Rechtsprechung mehrerer Jahrhunderte sehr unübersichtlich.

Diese Situation war Anlaß dazu, daß im Jahr 1869 eine Kommission gebildet wurde mit der Aufgabe, zunächst den Obligationenteil der islamisch-hanefitischen Rechtslehre in Gesetzesform zu bearbeiten und vorzulegen. Die Arbeit der Kommission dauerte 11 Jahre und brachte im Endergebnis den alten Stoff in neuer Form. Die Form des Gesetzes war für den Orient neu, aber der Inhalt durfte die hanefitische Lehre, vor allem aber die islamische Anschauung nicht verletzen. Das Gesetz ist daher eine Wiedergabe des islamisch-hanefitischen Obligationenrechts. Es

7) Sperl S. 5.

wurde nur in manchen sehr geringen Fällen von der hanefitischen Lehre billigkeits- und zweckmäßigkeitswegen abgewichen und den Lehren anderer islamischer Rechtsschulen Rechnung getragen. Dieses in neuer Form geregelte alte Gesetz „Mecellei ahkâmı adliye" (Medschellei achkami adlije) oder kurz „Mecelle" (Medschelle) ist bis zum 4. 10. 1926 in Kraft geblieben. Dieses Gesetz war schon zur Zeit seines Inkrafttretens nicht mehr ganz anwendbar. 1926 konnten nur noch 300 der Paragraphen Anwendung finden, während das ganze Gesetz 1851 enthielt. Die übrigen waren praktisch außer Kraft getreten. Ein sehr großer Mangel war außerdem das Fehlen der außerobligationenrechtlichen Gebiete des Zivilrechts. Im Jahre 1926 mußten die türkischen Richter immer noch für die ihnen zur Entscheidung vorliegenden Fälle in den alten Fikihbüchern die betreffenden Bestimmungen suchen, was mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden war.

So entschloß sich die türkische Republik sofort nach ihrer Entstehung ein neues, den Erfordernissen der Zeit Rechnung tragendes Recht zu schaffen. Schon bei den Beratungen zum Friedensvertrag von Lausanne hat die türkische Abordnung bei der Abschaffung der juristischen Kapitulationen eine erhebliche Schwierigkeit dadurch gefunden, daß der Gegner sich auf die für die Gegenwart primitiven und religiösen Rechtsgrundsätze berufen konnte und seine Staatsangehörigen diesen nicht unterstellen wollte. Deswegen mußte die türkische Abordnung in Lausanne bei der Abschaffung der Kapitulationen Sonderrechte für die christliche Bevölkerung anerkennen, worauf diese nach der Annahme des neuen Zivilgesetzbuches verzichteten.

Ein völlig neuer Entwurf, ein speziell türkisches Zivilrecht, hätte langer Vorarbeit bedurft. Die hierzu erforderliche Zeit war nicht gegeben. Außerdem aber und vor allem wollte sich die Türkei der westlichen Kultur anpassen. Das neue Gesetzbuch sollte ein neues Leben hervorrufen, in das das türkische Volk sich einfügen sollte. Es war nicht ein dem damaligen Rechtsgefühl des türkischen Volkes entsprechendes Gesetz erwünscht, sondern ein Gesetz, das Bestimmungen enthält, dem das türkische Volk sich anpassen sollte. Dadurch sollte ein Fortschritt erzielt werden. Das neue Gesetz sollte also ein rechtsschöpferisches und erzieherisches Gesetz für die Türken sein. Deswegen entschloß man sich, das Gesetz einer europäischen Kulturmacht zu übernehmen. Es kamen hauptsächlich die Zivilgesetze der westeuropäischen Mächte in Frage. Der französische code civil war schon sehr alt. Das deutsche BGB. hatte einen Nachkommen im schweizerischen Zivilgesetz nebst Obligationengesetz. Die in der Praxis zu Tage getretenen Mängel des BGB. waren darin beseitigt, so daß es zur Zeit als das fortgeschrittenste Zivilgesetz gelten konnte. Diese Gesetzbücher wurden übersetzt und, abgesehen von wenigen Paragraphen, fast unverändert übernommen. Leider sind in der Eile

manche Paragraphen auch falsch übersetzt worden. Aber die Praxis des türkischen obersten Gerichts und die Literatur haben in diesen Fällen ihre verbessernde Wirkung ausgeübt und den Willen des Gesetzgebers zur Geltung gebracht. Das neue Zivilgesetz nebst dem Obligationengesetz trat am 6. 10. 1926 in Kraft. Von diesem geschichtlichen Zeitpunkt an hat das türkische Volk ein den Verhältnissen und Bedürfnissen der Gegenwart Rechnung tragendes Zivilgesetz, das neben dem aus Italien übernommenen Strafgesetzbuch, dem aus deutschen und italienischen Gesetzen herausgearbeiteten Handelsgesetzbuch, dem aus Deutschland übernommenen Seehandelsgesetzbuch usw. das türkische Volk zur Weiterentwicklung begleiten und sogar führen kann.

In dieser Arbeit sollen die Hauptregeln des neuen türkischen Gesetzes bezüglich des Schadensersatzrechts mit seinem Vorgänger, dem islamisch-türkischen Recht und seinem mittelbaren Ursprung, dem deutschen BGB. verglichen und dabei besonders das Problem des mitwirkenden Verschuldens erörtert werden.

I. Abschnitt:

Das Schadensersatzrecht nach dem Mecelle.

In dem Mecelle ist die Beseitigung des schädigenden Zustandes sehr oft mit der Schadensbeseitigung oder Entschädigung durcheinander behandelt.

Die Unzulässigkeit der Schadensstiftung und die Notwendigkeit der Beseitigung des schädigenden Ereignisses ist im islamischen Recht ein fester Grundsatz, welcher auch als ein Gesetz von dem Mecelle wiedergegeben wird. Der Begriff des Schadens erstreckt sich nach dem islamisch-hanefitischen Recht nur auf den Vermögensschaden, worunter der Wertunterschied zwischen dem Wert im Augenblick des Eintritts des schädigenden Ereignisses und dem Wert nach Eintritt dieses Ereignisses zu verstehen ist. Nach diesem Grundsatz ist der Begriff des immateriellen Schadens unbekannt. Aufgabe des Schadensersatzes ist, die Wertminderung im Vermögen des Geschädigten auszugleichen.

Der Umfang des Schadensersatzes ist sehr gering. Der Täter hat nur diejenigen Schäden zu ersetzen, die unmittelbar durch seine Tat herbeigeführt worden sind.

In dem Augenblick, in dem eine andere menschliche Tat in den Lauf der Dinge eintritt, wird der erste von der Ersatzpflicht befreit. Deswegen beschäftigt sich die islamische Lehre nicht mit dem Kausalitätsproblem. Die Haftpflicht ist rein kausal. Derjenige, dessen Tat zuletzt gewirkt hat, hat den Schaden verursacht und haftet für ihn schlechthin. Auf ein Verschulden kommt es überhaupt nicht an. Auch derjenige Täter, der an seiner Tat ganz unschuldig war, wie z. B. die Bewegungen eines schlafenden Menschen,[8]) ist für den Schaden, den er zugefügt hat, verantwortlich. Da es auf ein Verschulden nicht ankommt, gibt es im islamischen Recht auch keinen Begriff der Deliktsfähigkeit. Jeder Mensch, selbst ein unwissendes Kind,[9]) ist für seine Tat verantwortlich. Da das Kind auch selbst haftet, muß der Schadensersatz aus seinem Vermögen erfolgen. Die Eltern können nicht verklagt werden. Wenn das Kind kein Vermögen hat, muß man auf seinen Vermögenserwerb warten. So ist es auch bei Geisteskranken.[10])

8) Ali Haydar Bd. 8 S. 302.
9) Art. 916 Mecelle.
10) Art. 917 Mecelle.

Den Vormund sowie andere Aufsichtspflichtige trifft keine Ersatzpflicht. In Bezug auf die Verursachung macht das Mecelle nach der Länge der Kausalverkettung folgende Unterschiede:

Zuerst ist der Fall zu erwähnen, daß die Tat unmittelbar den schädigenden Erfolg angerichtet und dadurch zur Herbeiführung des Schadens unmittelbar beigetragen hat. Entgegengesetzt liegt der Fall, daß die Tat nicht direkt zum schädigenden Erfolg, sondern zu einer diesen Erfolg herbeiführenden Ursache geführt hat, also zwischen Tat und Erfolg eine kurze oder lange, jedenfalls aber von irgendeiner Wirkung anderer menschlicher Tat freie Kausalkette liegt.

Im Gesetz wird folgendes Beispiel gegeben:[11]) Wenn jemand die Schnur einer aufgehangenen Lampe durchschneidet, so verursacht er unmittelbar den Erfolg, daß die Schnur durchschnitten ist. Da dadurch die Lampe fällt und zerbricht, ist der betreffende mittelbar Täter auch dieses Erfolges. Diese Unterscheidung ist ähnlich der, die Kohler in seiner Theorie für Kausalzusammenhang[12]) für die Bedingungen in causa causae und dominus causae macht. Diese Unterscheidung zwischen mittelbaren und unmittelbaren Taten hat im islamischen Recht praktische Konsequenzen. Der unmittelbare Täter braucht nicht schuldhaft oder widerrechtlich gehandelt zu haben, um verantwortlich zu sein. Er ist grundsätzlich schlechthin haftbar. Falls der Täter jedoch von einem ihm zustehenden Recht Gebrauch gemacht hat, kann er nicht zum Schadensersatz verurteilt werden. Dies ergibt sich aus Art. 91 Mecelle der lautet: „Das Recht hindert den Eratz". Dies soll heißen, daß, wenn jemand sein Recht ausübt, er für die daraus entstehenden Folgen keinen Ersatz zu leisten braucht. Dieser Grundsatz schränkt das obige Prinzip, daß der unmittelbare Täter für jede Folge seiner Tat einzustehen habe, ein. Wenn z. B. durch mich, jedoch ohne mein Verschulden ein Feuer entstanden ist, das die Ernte des Nachbarn vernichtet, so bin ich für diesen Schaden haftbar. Ist das Feuer jedoch auf meinem Grundstück entstanden, wo ich berechtigt bin, ein Feuer anzulegen, so bin ich für den dem Nachbarn entstandenen Schaden nicht verantwortlich.

Wenn beide, der mittelbare und der unmittelbare Täter für denselben Schaden in Betracht kommen, so ist nur der unmittelbare für den Schaden ganz und allein verantwortlich. Das Mecelle gibt folgendes Beispiel:[13]) Wenn jemand auf einem öffentlichen Weg eine Grube gräbt und ein anderer das Tier eines Dritten in diese Grube wirft und dadurch tötet oder beschädigt, so ist der Letztere ersatzpflichtig.

11) Art. 922 Mecelle.
12) „Studien aus dem Strafrecht" S. 83 ff.
13) Art. 90 Mecelle.

Der mittelbare Täter ist nur, wenn er vorsätzlich und widerrechtlich gehandelt hat, verantwortlich.[14]) Der Vorsatz braucht nicht unbedingt auf den schädigenden Erfolg gerichtet zu sein, es genügt, wenn auch nur die Ursache vorsätzlich herbeigeführt wurde. Es kommt also, wie vorhin dargelegt, in den Fällen, in denen eine Tat mittelbar und eine andere unmittelbar zur Herbeiführung desselben Ereignisses mitgewirkt haben, kein Gesamtschuldnerverhältnis zwischen beiden Tätern zustande. Wenn mehrere Täter zusammen denselben Schaden verursacht haben, so wird der gesamte Schaden durch die Anzahl der Täter geteilt. Jeder haftet für seinen Teil, unabhängig und getrennt von den anderen. Die Schwere des Verschuldens hat keine Einwirkung auf die Anteile. Wenn eine Tat nachträglich wirkt, so ändert diese die Kausalität und bringt den Erfolg zustande. Das hat zur Folge, daß die Verantwortung des gesamten Ergebnisses dem Täter zufällt, dessen Tat nachträglich gewirkt hat, denn ohne sie wäre ja der Erfolg nicht eingetreten.

Der Begriff „entgangener Gewinn" ist dem Mecelle fremd. Entgangener Gewinn ist deswegen nicht zu ersetzen, weil der Schadensersatz Wertersatz ist und Maßstab des Wertes der Zeitpunkt des Eintritts des schädigenden Ereignisses ist. Beschädigt jemand die noch nicht geernteten Früchte eines anderen, so wird beim Schadensersatz derjenige Wert berücksichtigt, den die Ernte auf dem Felde im Zeitpunkt des Eintritts des schädigenden Ereignisses besaß; was also der Geschädigte aus der Ernte hätte gewinnen können, wird nicht berücksichtigt.

In dem Mecelle fehlt eine allgemeine Regel für die Art des Schadensersatzes. In dem allgemeinen Teil spricht das Mecelle (von dem Gedanken aus, daß der Ersatz des Schadens für den Ersatzpflichtigen auch ein Schaden wäre) den Grundsatz aus, daß ein Schaden nicht mit einem größeren Schaden als dem ursprünglichen beseitigt werden darf.[15]) Dieser Grundsatz muß bei dem Ermessen des Schadensersatzes durch den Richter ins Auge gefaßt werden. Das Fehlen einer allgemeinen Regel über die Art des Schadensersatzes machte es notwendig, daß in besonderen Teilen, in denen von der Notwendigkeit des Schadensersatzes gesprochen wird, auch die Art des Schadensersatzes behandelt wird. In diesen Fällen wird immer die gleiche Regelung gegeben. Vor allem ist zu erwähnen, daß der Ersatz eines Nicht-Vermögensschadens für das islamisch-hanefitische Recht nicht in Betracht kommt, denn unter Schaden ist nur Sach- und Vermögensschaden zu verstehen. In den Fällen der Körperverletzung oder Tötung wird der Fall auf den Vermögensschaden zurückgeführt. Das schädigende Ereignis kann entweder vertretbare Sachen, Vermögensgegen-

14) Art. 922 Mecelle.
15) Art. 25 Mecelle.

stände betreffen, dann ist der Schadensersatz durch Lieferung von Sachen gleicher Qualität zu leisten, oder die geschädigte Sache ist eine nicht vertretbare, dann ist Wertersatz zu leisten.

Welcher Wert ist nun zu ersetzen? Die alten Juristen der hanefitischen Lehre entschieden sich sehr verschieden, beispielsweise in manchen Fällen für den Wert, den der Gegenstand zur Zeit der Klageerhebung hätte besitzen sollen, bei Usurpation für den Wert, den die Sache zur Zeit der Usurpation besaß, andere dagegen für den Wert der Sache vor dem Zeitpunkt, von dem aus es unmöglich wird, ein individuelles Äquivalent zu erlangen oder für den höchsten Wert vor der Schädigung bis zu dem Zeitpunkt der Entschädigung.[16])

Das Mecelle hat sich für folgendes entschieden: Als Wert der Sache ist der objektive Wert in Zeit und Raum, wo das schädigende Ereignis die Sache betroffen hat, zu verstehen. Z. B. zerstört jemand unerlaubterweise ein Haus des Nachbarn während eines Brandes, so hat er den Wert zu ersetzen, den dieses Haus im Augenblick des Brandes besaß.[17]) Ebenfalls: Beschädigt jemand die noch nicht geernteten Früchte eines anderen, so hat er den Wert zu ersetzen, den die Ernte so, d. h. auf dem Feld besaß.

So finden im Mecelle beide Systeme (Schadensersatz durch Wertersatz sowie durch Naturalherstellung) ihre Anwendung. Ersatz des Schadens, der infolge Körperverletzung oder Tötung eines Menschen zustande gekommen ist, wird im Mecelle nicht geregelt, da ein solcher Schaden an und für sich kein Vermögens- oder Sachschaden ist. Ersatz eines solchen Schadens ist durchaus primitiv im islamischen Strafrecht zu finden, das nicht als Gesetz im heutigen Sinne, aber als eine religiöse Grundlage bis Anfang des 20. Jahrh. in der Türkei Anwendung gefunden hat. Der Wert einer Person und jedes ihrer Organe war durch Maßeinheiten von Silber oder durch eine Anzahl von Kamelen[18]) bestimmt und bei Tötung eines Menschen oder Beschädigung eines Organs wurde dieser Wert entweder dem Beschädigten oder dem Erben ausgezahlt. Dies hieß Diyet (Dijet).[19]) Das ist das Charakteristische des islamischen Schadensersatzrechts und hat wegen der alltäglichen Wiederholung der Ereignisse eine große Bedeutung besessen.

Das Diyet wird in den islamischen Rechtsbüchern als „ein Vermögen, das beim Verbrechen gegen das Leben als Ersatz für das Leben und beim Verbrechen gegen körperliche Organe als Ersatz

---

16) Kohler „Islamitisches Obligationen-und Pfandrecht" in Zt. f. vgl. R. W. Bd. 6.

17) Ali Haydar Bd. 8, S. 261.

18) Kamele waren damals auch ein Tauschmittel in Arabien.

19) Sühnegeld. Dr. Goldzieher Zt. f. vgl. R. W. Bd. 8, S. 408.

des beschädigten Organs vom Täter zu leisten ist," erklärt.[20]) Das Diyet konnte entweder in Silber oder in dem Silberwert entsprechendem Gold oder in Kamelen gezahlt werden. Für Silber ist das Gewicht maßgebend und zwar 5 Gerstenkorn Gewicht als kleinste Maßeinheit. Das 14fache dieser Einheit hieß Dirhem. Das Leben eines Mannes hatte den Wert von 10 000 Dirhem oder den dem Silber entsprechenden Goldwert. Falls der Täter es vorzog, konnte er auch 100 Kamele als Diyet geben. Da nach dem islamischen Recht beim Schadensersatz Vorsatz oder Fahrlässigkeit nicht unterschieden wurden, änderte sich das Diyet beim vorsätzlichen oder fahrlässigen Töten nicht. Nur war das Zahlen in Kamelen bei fahrlässiger Tötung merkwürdigerweise noch komplizierter, man sollte nämlich 20 je 2 Jahre alte männliche, 20 je 2 Jahre, 20 je 3 Jahre, 20 je 4 Jahre und 20 je 5 Jahre alte weibliche Kamele zahlen.[21]) Da jedoch in der Kerntürkei Kamele sehr schlecht zu beschaffen waren, wurde tatsächlich immer Silber als Zahlungsmittel beim Diyet verwendet. Das Leben einer Frau kostete die Hälfte des Lebens eines Mannes, also entweder 5 000 Dirhem Silber oder 50 Kamele. Das Diyet war an die Erben des Ermordeten zu zahlen und ersetzte die Strafe. Das gibt dem Diyet nicht die Eigenschaft einer Strafe und läßt nicht die eines Schadensersatzes bezweifeln, denn die oben erwähnte Definition des Diyet ist eine feststehende, und Strafe war seinerzeit im islamischen Recht nicht als Strafe im heutigen Sinne zu verstehen. Strafe war an sich eine Genugtuung. Die Strafe für Tötung oder Körperverletzung war die Wiedervergeltung, also Töten des Mörders oder Abschneiden des gleichen Körperorgans, das der Beschädigte verloren hatte oder das ihm unbrauchbar gemacht worden war. Dadurch sollten die Schmerzen des Geschädigten vergolten werden. Hier machte das islamische Recht zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit einen Unterschied und zwar hatte der Geschädigte bei Fahrlässigkeit sich nur mit dem Dijet zu begnügen, bei vorsätzlicher Tat hatte er oder seine Erben entweder Wiedervergeltung oder Dijet zu verlangen. Die vorgeschriebene Höhe des Dijets war für diejenigen Fälle festgesetzt, bei denen keine Einigung zwischen dem Ersatzberechtigten und dem Täter erzielt wurde. Die beiden konnten handeln und sich über eine niedrigere oder höhere Summe einigen. Das ist auch ein Zeichen der rein privaten und persönlichen Eigenschaft des Dijet als Schadensersatz.

An andere Schäden wie z. B. entgangenen Gewinn oder einen durch Verlust der Arbeitsfähigkeit erlittenen Schaden wurde überhaupt nicht gedacht, und diese waren auch nicht zu ersetzen. Nur

---

20) Ömer Hilmi „Miyarüladalet" S. 68 ff.
21) Ömer Hilmi S. 71.

die Kosten des Heilungsversuchs, wie Ärzte und Medizingelder und (wenn der Betreffende während der ärztlichen Behandlung nicht arbeiten konnte) sein Unterhalt für diese Zeit mußte ihm erstattet werden.

Das Dijet für die Sklaven war ihr Verkaufswert. Dieser mußte aber unbedingt geringer als das Dijet eines freien Menschen sein.

Außer den Fällen der Körperverletzung und Tötung war jeder andere Schadensersatz sofort oder mit Willen des Ersatzberechtigten nach Vereinbarung zu zahlen. Für das Dijet aber gab es eine bestimmte Vorschrift; es mußte mindestens innerhalb von drei Jahren und zwar in drei Raten bezahlt werden. Schuld und Forderung eines Schadensersatzes ging in jedem Fall auf den Erben über.

Das Dijet für diejenigen Organe, die (wie Hände, Beine, Augen, Ohre) im Körper doppelt vorhanden sind, war das gleiche, wie das für einen ganzen Menschen. In Fällen, in denen nur eines dieser Organe beschädigt war, war nur die Hälfte des Dijet zu zahlen. Jedes andere Organ hatte seinen vorgeschriebenen Wert. Z. B. ein Zahn kostete ein zwanzigstel Dijet, wenn der Betreffende wahnsinnig wird, das ganze Dijet[22]) usw. Wenn eine Verletzung nicht das Organ ganz verdirbt, sondern nur einen leichteren Schaden hinterläßt, mußte der Geschädigte wie ein verkäuflicher Sklave einmal ohne diese Schädigung und einmal mit dieser bewertet werden. Vom Dijet mußte im gleichen Verhältnis abgezogen werden, wie das Verhältnis des neuen Wertes zum alten war.

Das Mecelle verpflichtet den Täter zum Schadensersatz, solange ein Schadensersatz möglich ist und durch die Erfüllung dieser Pflicht dem Ersatzpflichtigen kein größerer Schaden zugefügt wird, als dem ursprünglich Geschädigten entstanden war. Dieser Grundsatz soll den Ersatzpflichtigen vor dem Rechtsmißbrauch[23]) des Berechtigten schützen. Der Berechtigte soll nicht, um den Ersatz eines für ihn erträglichen Schadens zu erhalten, den unvermögenden Ersatzpflichtigen ruinieren können. Es wird also praktisch dem Richter die Befugnis erteilt, die Schadensersatzpflicht auf eine für den Pflichtigen tragbare Größe zu ermäßigen.

Das oben[24]) für die Mitwirkung mehrerer zur Herbeiführung derselben Tat Gesagte gilt auch für die Mitwirkung der Tat des Geschädigten. Da ein Verschulden für die Schadensersatzpflicht grundsätzlich nicht erforderlich ist[24a]), kann man nicht von einem „mitwirkenden Verschulden" sprechen. Nach dem erwähnten Grund-

---

22) Ömer Hilmi S. 75.

23) Über Rechtsmißbrauch nach Islamlehre. Josef Kohler, Zt. f. vgl. R. W. Bd. 29.

24) Siehe oben S. 20.

24a) vgl. dazu oben S. 18.

satz[25]) muß der Schaden durch die Anzahl der schädigenden Täter und des Geschädigten, dessen Tat ebenfalls mitgewirkt hat, geteilt werden. Eine Abstufung der Ersatzpflicht findet weder wegen schwerer wirkender Verschuldung, noch wegen verschiedenartiger Verursachung statt. Jeder Mitwirkende hat den gleichen Anteil zu tragen. Eine Einrede gegenüber dem Geschädigten wegen Mitwirkung von Hilfspersonen kommt nach dem Mecelle nicht in Frage, da jeder für seine Tat selbständig verantwortlich ist und niemand durch die Tat eines anderen belastet wird. Der eigentliche Ersatzpflichtige ist in diesem Falle auch nicht für den ganzen Schaden haftbar, sondern, da bei der Entstehung des Schadens die Tat der Hilfspersonen mitgewirkt hat, hat er die Hälfte zu ersetzen. Die andere Hälfte kann der Beschädigte nach Maßgabe des Verhältnisses zwischen ihm und der Hilfsperson von dem Letzten verlangen.

Die Mitwirkung des Beschädigten ist im Mecelle durch zwei Beispiele behandelt: Wenn jemand den anderen an seinen Kleidern ergreift und zerrt und dadurch das Kleidungsstück beschädigt, so hat er den ganzen Wert zu ersetzen. Wenn er aber das Kleid nur ergreift und nicht zerrt, so ist der Erste nur zum Ersatz des halben Wertes verpflichtet. So ist es auch, wenn jemand auf dem Rock eines anderen sitzt und der Rock dadurch zerreißt, daß der andere aufsteht.[26])

Das Unterlassen ist nach dem islamischen Recht nicht dem Tun gleich. Der Unterlassende ist nur unter besonderen Umständen, wenn vorher eine Mahnung erfolgt ist,[27]) ersatzpflichtig. Eine unter den islamischen Rechtsgelehrten sehr strittige Ausnahme ist die Ersatzpflicht desjenigen, dessen Tier eines anderen Ernte gefressen und der es trotz seines Wissens unterlassen hat, sein Tier daran zu hindern.

Eine Mitwirkung durch Unterlassen fällt dem Geschädigten nicht zur Last. Wenn beispielsweise in dem oben erwähnten Fall das Tier nicht von seinem Eigentümer, sondern von dem Eigentümer der Ernte gesehen wird und dieser nicht die weitere Schädigung hindert, so ist ihm doch keine Mitwirkung zuzuschreiben. Eine Ermäßigung der Ersatzpflicht des Tierhalters tritt nicht ein.[28])

---

25) jedoch unter dem Erfordernis, daß alle Taten zu gleicher Zeit gewirkt haben.

26) Art. 950 Mecelle.

27) deren Gültigkeit von der Aussage gewisser Personen abhängig ist. Art. 928 Mecelle.

28) Die Anhänger dieser Meinung billigen die Ersatzpflicht des Tierhalters in solchen Fällen, da durch das Fressen des Tieres eine Nutzung des Halters aus dem Vermögen des anderen zustande kommt. Es handelt sich also weniger um einen Schadensersatz als um eine Vergütung der Bereicherung aus dem Vermögen des anderen. Atif S. 368.

Eine ähnliche Vorschrift, wie im § 254, II BGB. fehlt im Mecelle. Deswegen ist in solchen Fällen der Ersatzpflichtige für den vollen Schaden verantwortlich.

Die Vorteilsausgleichung ist in verschiedenen Fällen berücksichtigt, nämlich im Falle der Zerstörung von Gebäuden und in den Fällen der Schädigung von Bäumen. Es ist aber anzunehmen, daß auch andere Fälle, in denen keine völlige Vernichtung der Sache herbeigeführt wird, in gleicher Weise zu behandeln sind. Bei der Zerstörung eines Gebäudes darf der Schädiger nicht zum Neubau gezwungen werden; da Gebäude keine vertretbaren Sachen sind, ist Wertersatz zu leisten. So kann der Gläubiger entweder die Überreste dem Täter überlassen und den vollen Ersatz des Wertes der stehenden Gebäude verlangen, oder von dem Wert des stehenden Gebäudes die Überreste abrechnen, den Unterschied verlangen, die Überreste aber auch behalten.[29]) Ähnlich ist es auch beim Abhauen fremder Bäume. Der Eigentümer hat das Recht, entweder das Holz dem Täter zu überlassen und den Wert des stehenden Baumes zu verlangen, oder die Reste zu behalten und ihren Wert von dem Wert des stehenden Baumes abzurechnen und den Rest des Wertes zu verlangen.[30])

29) Art. 918 Mecelle.
30) Art. 820 Mecelle.

II. Abschnitt:

Die Hauptpunkte der Schadensersatzlehre nach dem deutschen BGB.

A. Einleitung.

I. Begriff des Schadens.

Schaden ist jede Einbuße, die jemand an seinen Gütern erleidet. Um das Vorhandensein dieser Einbuße und deren Umfang festzustellen, ist nicht nur der Augenblick des Eintritts des schädigenden Ereignisses ins Auge zu fassen, sondern vor allem auch die Entwicklung zu berücksichtigen, die die Vermögenslage des Geschädigten ohne das Dazwischentreten der schädigenden Handlung genommen hätte.

II. Arten des Schadens.

Um einen Schaden im Rechtssinne anzuerkennen, ist es nicht notwendig, daß das schädigende Ereignis auf das Vermögen des Geschädigten wirkt und die Einbuße sich auf die Vermögenslage bezieht. Schaden kann auch durch Angriff auf die unwirtschaftlichen, immateriellen Lebensgüter wie Ehre,[31]) Name usw. entstehen. Demnach ist der Schaden „jede Einbuße, die jemand an seinen Rechtsgütern erleidet".[32]) Die erlittene Einbuße ist unter Berücksichtigung desjenigen Zustandes festzustellen, der bestünde, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre. Es wird also der Schaden durch ein Rechnungsverfahren festgestellt, nämlich durch Vergleich der gegenwärtigen, infolge des schädigenden Ereignisses hervorgerufenen und einer gedachten, ohne das Dazwischentreten des Ereignisses als vorhanden anzunehmenden Vermögenslage. Man darf nicht jeden Vermögensschaden als eine in Ziffern darstellbare Differenz zwischen beiden Werten verstehen, da das sehr oft nicht möglich ist. Es liegt auch schon dann ein Schaden vor, wenn der Zweck der Sache zerstört ist, obschon sogar ihr Wert erhöht ist.[33])

---

31) Für den Schutz der Ehre siehe insbesondere „Die Ehre im deutschen Privatrecht" von F. Arthur Müllereisert, Berlin, 1931.

32) Enneccerus „Recht der Schuldverhältnisse" 11. Bearb. durch Lehmann S. 41.

33) Planck Bemerkung 2 zu § 249.

B. Die Stellung des Gesetzes zum Schadensersatz.

I. Die Aufgabe des Schadensersatzes.

Der Schadensersatz hat die Aufgabe, diesen Unterschied soweit wie möglich auszugleichen. Der Ersatzberechtigte soll in denselben Zustand versetzt werden, als wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre. Mindestens soll der Schadensersatz den Verlust so mildern, daß die Tatsache des Schadenseintritts nicht mehr empfunden wird. Fritz Baur definiert[34]) den Schadensersatz als einen möglichst gerechten Ausgleich zweier Interessen: des Interesses des Gläubigers an einem vollen Ersatz für die ihm erwachsenden Nachteile und des Interesses des Schuldners, jede Übervorteilung von sich abzuwenden.[35])

Das BGB. läßt grundsätzlich die Folgen eines schädigenden Ereignisses denjenigen tragen, den das Ereignis getroffen hat. Schaden ist nur unter besonderen Umständen von einem anderen, entweder dem Schädigenden oder einem Dritten zu tragen. Diese Pflicht, den Schaden eines anderen zu tragen, kann auf einer unerlaubten Handlung, einem Vertrag oder einer gesetzlichen Bestimmung beruhen. Der Autofahrer, der einen anderen Wagen schuldhaft angefahren hat, ist auf Grund unerlaubter Handlung, die Versicherungsgesellschaft, die den anfahrenden Wagen versichert hat, auf Grund des Haftpflichtversicherungsvertrages, der Halter des Wagens, der nicht selbst fuhr, auf Grund des Fahrzeuggesetzes für den entstandenen Schaden haftbar. Die Frage, unter welchen Umständen der Schadensersatzanspruch eintritt, gehört nicht zu dem Aufgabenkreis dieser Abhandlung.

II. Der Umfang des Schadensersatzes.

Der Schadensersatzanspruch bezweckt, denjenigen Schaden auszugleichen, der durch das Ereignis, das diesen Anspruch begründet, herbeigeführt wurde. Auf den Verschuldungsgrad kommt es nicht an. Es kommt jeder Schaden, der durch dieses Ereignis entstanden ist, in Betracht, aber auch nur diese Schäden sind Gegenstand der Leistung. Es muß also der Schaden mit dem Ereignis in Kausalzusammenhang stehen.

---

34) Baur „Entwicklung und Reform des Schadensersatzrechts" S. 11.
35) Gegen diesen Ausgleichsgedanken siehe Lange S. 64.

1. Der Kausalzusammenhang.

Die Kausalität spielt im Schadensersatzrecht eine zweifache Rolle. Erstens gibt sie den Rahmen der Haftung (haftungsvollendende Kausalität), zweitens spielt sie auch bei dem haftungsbegründenden Tatbestand selbst eine Rolle (haftungsbegründende Kausalität).[36])

Der Begriff des Kausalzusammenhangs hat eine lange Entwicklungsgeschichte. Ich möchte die Hauptpunkte der verschiedenen Theorien kurz erwähnen, ohne auf eine nähere Kritik einzugehen.

a) Mehrere Theorien der Kausalität.

a1) Der philosophische Kausalitätsbegriff.

Die Kausalität ist zuerst im Gebiete der Philosophie als ein erkenntnistheoretisches Problem behandelt worden. Sie bildet für die Philosophie ein ewiges Problem.

Es geschieht in der Welt nichts Zufälliges. Jedes Geschehen steht mit einem anderen in einem unabänderlichen Zusammenhang. Was hat als Ursache eines bestimmten Geschehens zu gelten? Es müssen mindestens zwei Dinge da sein, „die in eine bestimmte räumlich-zeitliche Beziehung zueinander treten müssen, damit eine Veränderung entstehe."[37]) In Wahrheit hängt jede Veränderung von sehr vielen Dingen und ihrer räumlichen und zeitlichen Beziehung ab. Ursache ist also die Gesamtheit aller Faktoren, die zum Eintreten dieser Veränderung erforderlich waren. Wenn einer von diesen Faktoren ausgeblieben wäre, könnte der Erfolg nicht so entstehen, wie er tatsächlich eingetreten ist.

Diese Auffassung des Kausalzusammenhangs ist für den Juristen unbrauchbar, denn mit unermeßlich vielen und gleichwertigen Umständen kann er nichts anfangen. Er braucht einen praktischen und positiven Begriff. Da das Gesetz in seinem Text sich jedoch nicht ausdrücklich darüber geäußert hat, was es unter Verursachung versteht, fällt der Wissenschaft die Aufgabe zu, diese Bedeutung zu untersuchen, um die Absicht des Gesetzes festzustellen.

a2) Die Theorie der conditio sine qua non.

Um einen Umstand als Ursache im rechtlichen Sinne zu bezeichnen, braucht weder zwischen diesem Umstand und dem Erfolg ein unmittelbarer Zusammenhang vorzuliegen, noch braucht dieser Umstand die alleinige Ursache des Erfolgs zu sein. Es genügt vielmehr ein mittelbarer Zusammenhang zwischen dem als Ursache bezeichneten Umstand und dem Erfolg, wobei auch andere und mehrere Umstände mitgewirkt haben können. Entscheidend ist, daß

36) Staudinger 9. Aufl. S. 64/65.
37) Träger „Kausalbegriff ..." S. 16.

es sich um einen Umstand handelt, der für einen Erfolg unerläßlich ist. Ursache ist jeder Umstand, der nicht weggedacht werden kann, ohne daß der Eintritt des eingetretenen Erfolgs entfallen müßte.[38]) Was wäre geschehen, wenn ein Ereignis gefehlt, alle übrigen aber in gleicher Weise gewirkt hätten? Dies muß für jeden mitwirkenden Umstand geprüft werden. Im Rechtssinne ist aber auch der Umstand Bedingung, dessen Wegfall die juristische Eigenschaft des Erfolgs ändert. Von zwei oder mehreren Umständen, obwohl sie, einzeln weggedacht, den juristisch relevanten Erfolg gänzlich unverändert lassen, gilt jeder Umstand als Bedingung im Rechtssinne, wenn die beiden oder die mehreren Umstände nicht insgesamt weggedacht werden können, ohne daß ein juristisch bedeutsamer Erfolg oder die juristische Bedeutung dieses Erfolgs entfiele. Wie Rümelin[39]) meint, ist es mehr ein juristisches Werturteil als eine kausale Betrachtung, wenn man die Umstände nach ihrer Wirkung auf die juristische Würdigung des Erfolgs klassifiziert und die für diese Würdigung unwirksamen verwirft. „Schon bei der Frage nach der Gleichstellung verschiedenen Geschehens, von der die Feststellung des Bedingungsverhältnisses abhängt, kommen Werturteile in Frage, die nicht von der bloßen Betrachtung des realen Geschehens abhängen, sondern von der Gesamtwürdigung der verschiedenen Vorgänge, die für das menschliche Zusammenleben eingegeben werden ... Das Maß der Abstraktion wird vielmehr durch Werturteile bestimmt." Das ist auch für einen Juristen das Bedeutendste und die Untersuchung der juristischen Kausalität hat dies zum Ziel. Jede Wissenschaft nimmt die Ereignisse, betrachtet sie von ihrem Standpunkt aus und verwertet sie.

Die vorliegende Theorie ist für das Zivilrecht zu weitgehend. Wenn jeder Umstand in Betracht zu ziehen ist, so entsteht im Endergebnis die selbe Unermeßlichkeit wie beim philosophischen Kausalbegriff. Jeder Bedingung kommt dieselbe Bedeutung zu wie allen anderen, denn wenn nur eine dieser Bedingungen wegfiele, wäre der Erfolg nicht so eingetreten, wie es tatsächlich geschehen ist. Diese Theorie eignet sich für das Strafrecht, weil zur Begründung der Strafbarkeit außer der Kausalität noch das Verschulden heranzuziehen ist. Dadurch wird aus der Fülle der Bedingungen nur eine oder einige, die schuldhaft gesetzt sind, ausgesondert und in Betracht gezogen. So werden z. B. die Eltern des Mörders, obwohl sie durch die Zeugung eine Bedingung gesetzt haben, nicht bestraft werden können, weil bei ihnen das Verschulden fehlt. Im Zivilrecht dagegen ist ein Verschulden für die Verantwortlichkeit des Täters nicht immer erforderlich; deswegen kann das Verschulden nicht in allen Fällen zu Hilfe gezogen werden und die Theorie der

38) v. Liszt-Schmidt, a. a. O., S. 157.
39) Arch. f. ziv. Praixs Bd. 90, S. 207—283.

conditio sine qua non bleibt mit ihren unermeßlich vielen, gleichwertigen Bedingungen unbrauchbar.

a3) Bindings Gleichgewichtstheorie.

Bindings[40]) Theorie deckt sich[41]) im wesentlichen mit der Theorie der conditio sine qua non. Nach Binding gibt es in der Welt zweierlei Elemente, die einen für die Änderung des vorhandenen Zustandes, für die Zerstörung der Gegenwart, die anderen für deren Erhaltung oder Fortbewegung nach anderen Zielen als die ersten. Jedes Geschehen in der Welt ist das Ergebnis eines für das erste Element siegreichen Kampfes.[42]) Wenn beide Elemente gleich stark sind oder das hindernde Element stärker ist, kann nichts geschehen. Wenn nun eines Menschen Kraft hinzukommt und entweder das zur Änderung strebende (positive) Element verstärkt oder das zur Hinderung strebende (negative) Element schwächt, so geschieht eine Änderung, wodurch die Bedingung des Geschehens erzeugt wird.[43])

Die positiven, zum Erfolg führenden Bedingungen Bindings sind nichts anderes als die Bedingungen schlechthin. Denn jede auf den Erfolg wirkende Bedingung hat zu dessen Herbeiführung beigetragen. So kommt die Theorie Bindings zu denselben Ergebnissen wie die Theorie der conditio sine qua non und kann zur Kritik derselben das Gleiche wie oben zur Theorie der conditio sine qua non gesagt werden.

a4) Birkmeyers Kausalitätsbegriff.

Eine andere Theorie vertritt Birkmeyer.[44]) Nach seiner Meinung ist Ursache des Erfolges diejenige Bedingung, die mehr als die übrigen zur Hervorbringung des Erfolges gewirkt hat.[45]) Diese Formulierung hindert jedoch nicht, daß auch mehrere Ursachen für einen Erfolg vorhanden sein können.[46]) Dies muß dann angenommen werden, wenn zwar mehrere Bedingungen mehr als die übrigen, aber alle von diesen im gleichen Maße miteinander zum Erfolg beigetragen haben, oder wenn diese zwar in verschiedenem Maße, aber alle doch wieder mehr als die übrigen gewirkt haben.

Wie die Wirksamkeit zu bemessen sei, darüber gibt uns Birkmeyer jedoch kein Prinzip. Außerdem muß die Theorie Birkmeyers

40) „Die Normen und ihre Übertretung", 2. Aufl. Bd. 1.
41) Träger „Kausalbegriff" S. 81 insb. 82.
42) Binding „Die Normen . . . S. 115
43) Binding „Die Normen . . . S. 117
44) Birkmeyer „Über Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht" in Gerichtssaal Bd. 37 S. 257ff.
45) Birkmeyer „Über Ursachenbegriff .... S. 277.
46) Birkmeyer „Über Ursachenbegriff . . . Anm. 90.

zu einem bedenklichen Endergebnis führen, denn der Verbrecher, der es versteht, sich im Hintergrund zu halten und äußerlich nicht erheblich ins Gewicht fallende Bedingungen hervorruft, die erst mittelbar das Wirksamwerden der Hauptkräfte ermöglichen, kann sich den Folgen seiner Tat entziehen.[47])

a5) Die Theorie der adäquaten Kausalität.

Einen neuen Weg eröffnete von Kries[48]) für die juristischen Kausalitätsuntersuchungen, indem er die Bedingungen nicht nach der Bedeutung, die sie im konkreten Fall besitzen, unterscheidet, sondern den Unterschied in ihrer generellen Bedeutung erblickt. Nach der Theorie des adäquaten Kausalzusammenhangs ist in einer Kausalreihe der Wert eines Umstandes, der als Ursache bezeichnet wird, daran zu ermessen, inwieweit er generell betrachtet einen Erfolg der eingetretenen Art herbeizuführen geeignet ist, oder zu dessen Herbeiführung begünstigend wirkt. Begünstigend wirkt ein Umstand dann, wenn durch ihn die Möglichkeit des Eintritts des Erfolgs erhöht wird.

Die Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang setzt die Anwendung der Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit voraus. Die Wahrscheinlichkeit ist subjektiver Natur,[49]) d. h. es kommt lediglich darauf an, inwieweit ein bestimmtes Individuum ein Ereignis nach seinen Erfahrungen und Kenntnissen als mehr oder weniger gewiß erwartet. Die Möglichkeit ist dagegen objektiver Natur.[50]) Das Möglichkeitsurteil kann auch als objektives Wahrscheinlichkeitsurteil bezeichnet werden. Für die Festsetzung des Möglichkeitsurteils kann wiederum objektive oder subjektive Betrachtung zugrunde gelegt werden. Es sind beide Ansichten vertreten worden.

Die subjektive Betrachtungsweise ist von v. Kries in seiner Theorie des adäquaten Kausalzusammenhangs (beim Aufbau seiner Theorie berücksichtigte von Kries nur das Strafrecht) geltend gemacht worden. Nach ihm soll das für die Feststellung der Adäquität zugrunde liegende Möglichkeitsurteil von dem Standpunkt des Täters abgegeben werden.[51]) Es soll also allein das Wissen des Täters entscheiden, und zwar dürfen wir nur diejenigen Bedingungen voraussetzen, die der Täter gekannt hat. Diese Theorie

---

47) Klee „Kausalzusammenhang" in Poseners Rechtslexikon, S. 901.
48) von Kries „Über den Begriff der objektiven Möglichkeit u. einige Anwendungen derselben", Vierteljahresschrift für wissenschaftliche Philosophie, Bd. 12.
49) von Kries S. 180.
50) von Kries S. 181.
51) von Kries S. 228.

ist als mißlungen anzusehen, denn erstens ist mindestens eine Verquickung der voneinander völlig getrennten Begriffe Verschulden und Verursachung festzustellen, zweitens reicht diese Theorie für die schuldlose Haftung des Zivilrechts nicht aus, da sie die Haftung nicht genügend über den schuldhaft herbeigeführten Erfolg hin ausdehnt, denn eine Verantwortung des Täters für unverschuldete Verursachung ist nach von Kries nur dann möglich, wenn seine Kenntnisse die während der Tat irgendwie erkennbaren Tatsachen nicht umfaßten und er deshalb das Möglichkeitsurteil nicht fällen konnte, während auf Grund dieser erkennbaren Bedingungen das Urteil abgegeben werden müßte, daß die Wahrscheinlichkeit des Erfolgs durch die Handlung des Täters erhöht worden sei.[52])

Entgegen der Meinung von Kries vertritt Rümelin die Ansicht,[53]) daß für die Abgrenzung der Bedingungen zwecks Bildung des Möglicheitsurteils nicht die subjektive, sondern die objektive Betrachtungsweise zugrunde gelegt werden müsse. Man solle alle zur Zeit der Handlung vorliegenden irgendwie erkennbaren Bedingungen voraussetzen, um die adäquate causa festzustellen. Es darf aber nach ihm der Prüfer der Kausalität sich bei der nachträglichen Prüfung nicht in den Zeitpunkt der Handlung zurückversetzen, so daß nur die zur Zeit der Handlung erkennbaren Bedingungen vorausgesetzt werden dürfen, sondern es sollen auch diejenigen Bedingungen, die erst durch den Lauf des Geschehens aufgedeckt worden sind, dem Möglichkeitsurteil zugrundegelegt werden, außerdem aber auch diejenigen Bedingungen, mit deren späterem Eintritt nach allgemein menschlicher Erfahrung noch gerechnet werden kann, deren Eintritt durch den schon vorliegenden Tatbestand begünstigt erscheint. Rümelin läßt billigkeitswegen für manche besondere Fälle unter sonstiger Festhaltung seiner Theorie eine Abweichung zu. Nach ihm[54]) ist ein Grund, diese Abweichung zuzulassen, dann gegeben, wenn jemand infolge schuldhaften Verhaltens räumlich und zeitlich in eine Katastrophe verwickelt wird, deren Bedingungen, wie sich nachher herausstellt, zur Zeit der Tat schon gegeben waren. Unter Berücksichtigung dieser Umstände gelangt Rümelin zu einer Modifikation, die er wie folgt zusammenfaßt:[55]) „Wird durch einen an sich haftungsbegründenden Vorgang der Verletzte lediglich in räumliche und zeitliche Beziehung gebracht zu einem später eintretenden Ereignis, so wird von außer aller Betrachtung liegenden auch dem Haftpflichtigen nicht bekannten oder erkennbaren Bedingungen dieses zweiten Ereignisses selbst dann ab-

52) Träger S. 134.

53) Rümelin „Die Verwendung der Kausalbegriffe im Straf- und Zivilrecht" in Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 90 S. 171 ff.

54) Rümelin S. 299.

55) Rümelin S. 300

strahiert, wenn dieselben zur Zeit des ersten Vorgangs schon vorlagen." Außerdem sollen auch nicht, soweit sie nicht vom Täter mit in die Berechnung gezogen waren oder hätten gezogen werden sollen, die zur Zeit der Tat vorliegenden Entschlüsse oder Neigungen anderer Menschen bei Anlegung des Maßstabes der nachträglichen objektiven Prognose berechnet werden.[56])

Eine sich der Theorie des adäquaten Kausalzusammenhangs anschließende Meinung vertritt auch v. Bar.[57]) Er begründet seine Theorie nach zwei Richtungen:

1. Für die Feststellung, was überhaupt eine Ursache ist, geht er von der Annahme der Regelmäßigkeit der Erscheinungen aus und nimmt als Ursache eines Erfolges nur diejenigen Handlungen eines Menschen an, die von der Regel des Lebens abweichen,[58]) d. h. pflichtwidrig sind[59]) und durch die „der sonst regelmäßig gedachte Verlauf der Erscheinungen des menschlichen Lebens ein anderer wird."[60]) Dieser Teil der Theorie von Bars ist als verfehlt zu bezeichnen, denn erstens sind die Begriffe Verschulden und Verursachen zusammengeworfen, zweitens ist die Beschränkung des Begriffs der Verursachung auf menschliche Handlungen zu eng.

2. macht von Bar eine Beschränkung bezüglich des Umfanges der Haftung, die uns insbesondere deshalb interessiert, weil sie durch ihre weitere Bearbeitung zur herrschenden Lehre wurde. Nach dieser Lehre wird nur für die gewöhnlichen, regelmäßigen Folgen einer Handlung gehaftet, nicht aber für die regelwidrigen Folgen. Sobald ein regelwidriges Ereignis eingreift und weitere Folgen mitbedingt, bricht der Kausalzusammenhang ab.[61]) Die weiteren Folgen sind durch das erste Ereignis zwar mitbedingt, aber nicht verursacht.

Eine andere Spielart der Theorie des adäquaten Kausalzusammenhangs begegnet uns bei Träger. In seinem Buch „Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht" schlägt er einen Mittelweg ein. Danach ist eine conditio sine qua non dann als adäquate Bedingung eines Erfolgs anzusehen, wenn durch diesen Umstand die objektive Möglichkeit des Eintritts eines Erfolgs von der Art des eingetretenen nicht unerheblicherweise erhöht wird. Für die Bildung des Möglichkeitsurteils ist das gesamte Erfahrungswissen aller zur Zeit der Begehung der Handlung vorhandenen und einem einsichtigen Menschen erkennbar gewesenen und die dem Täter selbst

---

56) Rümelin S. 301.

57) von Bar „Zur Lehre von der culpa und dem Kausalzusammenhang in Straf- und Zivilrecht" Grünhuts Zt. Bd. 4, S. 35.

58) von Bar S. 38.

59) von Bar § 9 S. 49 ff.

60) von Bar S. 41.

61) von Bar § 7 S. 44.

außerdem bekannten Bedingungen vorauszusetzen.[62]) Träger bezeichnet seine Theorie für die Fälle, in denen ein Verschulden verlangt wird, als äußerste Grenze der Verschuldensmöglichkeit und in den Fällen, in denen kein Verschulden verlangt wird, als äußerste Grenze der Haftbarkeit.

Eine weitere Bearbeitung des Kausalzusammenhangs hat im Rahmen dieser Abhandlung keinen Platz. Kurz das Resultat der Theorien der adäquaten Verursachung: Die Kausalität ist dann zu bejahen, wenn das schädigende Ereignis eine unentbehrliche und geeignete Vorbedingung des Schadens war.[63]) Es liegt kein adäquater Kausalzusammenhang vor, wenn die Tatsache ihrer allgemeinen Natur nach für die Entstehung eines derartigen Schadens ganz gleichgültig, „indifferent" war und infolge anderer außergewöhnlicher Umstände zur Bedingung des Schadens wurde.[64]) Staudinger drückt sich wie folgt aus:[65]) Ursache eines Erfolgs sind diejenigen Bedingungen, von denen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge die Herbeiführung des Erfolgs mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte.

Das Reichsgericht vertritt auch in Zivilsachen den Standpunkt der adäquaten Verursachung und drückt sich negativ so aus:[66]) „... ein ursächlicher Zusammenhang rechtlich dann nicht als gegeben zu erachten ist, wenn der Schaden nur unter Mitwirkung eines zweiten Ereignisses zustande gekommen ist, das mit dem ersten keinen Zusammenhang hat, so daß vom Standpunkt eines alle dem Menschen zu Gebote stehenden Erfahrungen und Kenntnisse beherrschenden Beurteilers zur Zeit der die Verantwortung begründenden Handlung eine derartige schadenstiftende Verkettung von Umständen ebenso wahrscheinlich erscheinen müßte, wenn jene Handlung unterblieb, als wenn sie erfolgte." In einer anderen Entscheidung des obersten deutschen Gerichtshofs heißt es: „Ein adäquater Zusammenhang ist anzunehmen, wenn eine Handlung oder Unterlassung nicht unter besonderen eigenartigen, ganz unwahrscheinlichen und nach regelmäßigem Lauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen zur Herbeiführung des eingetretenen Erfolgs geeignet gewesen ist."[67])

Es wird für den entstandenen Schaden nur soweit gehaftet, als das schädigende Ereignis noch als adäquate Vorbedingung des Erfolgs zu erkennen ist. Er braucht sich nicht um unmittelbare Folgen zu handeln, sondern es wird auch für die weiteren Folgen,

62) so auch Enneccerus 11. Bearb. S. 48.
63) Franz Leonhard „Allgemeines Schuldrecht des BGB" S. 77.
64) Enneccerus-Lehmann 1932, S. 66, 67.
65) 9. Aufl. S. 26.
66) RGZ. Bd. 81, S. 359.
67) Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen, 1935, S. 23, Nr. 3.

welche sich später ergeben, gehaftet. Es ist auch nicht notwendig, daß diese Folgen „dem natürlichen Lauf der Dinge nach zu erwarten oder subjektiv voraussehbar waren. Es genügt vielmehr die objektive Möglichkeit des Eintritts und subjektive Übersehbarkeit der Gefahr. ...Folgen, die nur selten und ausnahmsweise eintreten, liegen nicht jenseits aller Erfahrungen, sondern innerhalb derselben.“[68]) Es genügt, wenn der Eintritt des Schadens durch die als Ursache angesprochene Handlung in einer ihr gemäßen Richtung gefördert oder begünstigt worden ist.[69])

b) Unterbrechung des Kausalzusammenhangs.

Wenn auch von Süßmann[70]) u. Träger[71]) mit Recht behauptet wird, daß das Wort „Unterbrechung des Kausalzusammenhangs“ nicht zutreffend und der Ausdruck „Unterbrechung der Fortsetzung der Kausalreihe“ geeigneter sei, so wird doch immer noch von der Unterbrechung des Kausalzusammenhangs geredet[72]) und darunter folgendes verstanden:

In einer Kausalverkettung, die zu einem bestimmten Erfolg führen sollte und wo nach den menschlichen Erfahrungen dieser Erfolg als eine Folge dieser Tatsache erwartet werden durfte, tritt inzwischen ein anderer, von dem ersten Ereignis ganz selbständiger Umstand ein und derselbe Erfolg kommt nun infolge dieses neuen Umstandes in derselben oder anderen Weise zustande. Ein Schulbeispiel hierfür: Ein tödlich Verwundeter bleibt im Walde liegen und wird dort durch einen Blitz erschlagen. Nach der adäquaten Kausalitätstheorie ist, da die Verwundung keinen für den Blitzschlag generell begünstigenden Umstand bildet, auch nicht für die Erschlagung durch den Blitz eine adäquate Verursachung vorhanden, und deshalb kommt der vorliegende Kausalzusammenhang für die juristischen Folgen nicht in Betracht.[73]) Es gehören also zum Umfang der Schadensersatzpflicht nicht solche Schäden, deren Kausalreihe zwischen ihnen und dem als Ursache bezeichneten Umstand unterbrochen ist, und die infolge des Dazwischentretens anderer Umstände als deren Folge eingetreten sind.

---

68) RGE. in JW. 1921 Nr. 1601.
69) RGR Komm. 7. Aufl. S. 395.
70) S. 27 ff.
71) S. 177 ff.
72) Enneccerus 11. Bearb. S. 50 Anm. 14; von Tuhr Allg. Teil d. schweiz. Obligationenrechts S. 74—75; Soergel Komm. 6. Aufl. Vorbem. B VI zu § 249.
73) Träger S. 187.

c) Selbständige Verursachung.

Es darf mit der Unterbrechung der Kausalität nicht der Fall verwechselt werden, daß der Erfolg tatsächlich durch die haftungsbegründende Tatsache herbeigeführt ist, er aber auch ohne dieses Ereignis infolge anderer Umstände eingetreten wäre. Hier sind zwei Fälle zu unterscheiden:

1. In den Fällen, in denen der Täter für die adäquaten Folgen seiner Tat haftet, wird er von der Ersatzpflicht nicht deswegen befreit, weil es feststellbar ist, daß der Schaden, wenn er nicht durch den haftungsbegründenden Umstand herbeigeführt wäre, infolge anderer Umstände eingetreten wäre.[74]) Es ist für die Beurteilung indifferent, ob der Schaden sonst vorher oder nachher eingetreten wäre.[75]) Die Unabhängigkeit der Ersatzpflicht von den Umständen, die in einer späteren Zeit vermutlich denselben Schaden verursacht hätten, wird dadurch begründet, daß sonst jede Schadensersatzforderung auf unbestimmte Zeit hinaus von der künftigen Gestaltung der Dinge abhängig wäre.

Eine scheinbare Unabhängigkeit nimmt die herrschende Lehre[76]) im Falle der Ersatzleistung durch die Rente an. In diesem Falle kommt es auf die Kausalität jedes Zeitabschnittes an, so daß, wenn ein neuer Umstand eintritt, der denselben Schaden ohnehin verursacht hätte, insoweit die Ersatzpflicht wegfällt. Sonst wird die aus schuldhaftem Verhalten resultierende Ersatzpflicht auch dann nicht beeinflußt, wenn derselbe Schaden ohne die haftungsbegründende Tatsache auch schon in einem früheren Zeitpunkt herbeigeführt wäre. Z. B. durch die Fahrlässigkeit des am 1. März in Verzug geratenen Schuldners geht die geschuldete Sache am 6. März zugrunde; sie wäre aber schon am 3. März bei einem Brand, der in dem Lager des Gläubigers entstanden ist, vernichtet worden, auch wenn sie rechtzeitig geleistet wäre.[77]) Hierfür wird zur Begründung gesagt, daß sonst der Schuldner, nachdem ihm der Brand bekannt wird, jegliche Sorgfalt unbestraft unterlassen könnte.[78]).

2. In den Fällen, in denen nach den ausdrücklichen Bestimmungen des Gesetzes auch für die inadäquaten, zufälligen Schäden Ersatz zu leisten ist (§§ 287 und 848), wird die Schadensersatzpflicht nicht durch einen Umstand beeinträchtigt, der in einem

74) Enneccerus 11. Bearb. S. 50 Anm. 14; Träger S. 263.
75) Enneccerus 11. Bearb. S. 50 Anm. 14; v. Tuhr Allg. Teil des schweiz. Obl. Rechts S. 76; Träger S. 263.
76) Enneccerus 11. Bearb. S. 50, Anm. 14; v. Tuhr, schweiz. Obl. Recht S. 77 Anm. 30; RGE. Bd. 68, S. 353.
77) von Tuhr a. a. O. S. 76.
78) von Tuhr S. 75 Anm. 23.

späteren Zeitpunkt denselben Schaden herbeiführen würde.[79]) Enneccerus[80]) ist der Meinung, daß es sich in § 287 nicht um inadäquate Folgen handle, sondern der rechtliche Kausalzusammenhang zwischen Verzug und Schaden sei vermutet. Dieser Ansicht kann nicht beigepflichtet werden. Im § 287 handelt es sich nicht um durch den Verzug verursachten Schaden. Dies wird in § 286 geregelt und dem Schuldner die allgemeine Verpflichtung auferlegt, jeden dem Gläubiger durch Verzug entstandenen Schaden zu ersetzen. Der hier in Frage kommende § 287 läßt darüber hinaus durch andere Umstände bedingte Schäden gleichfalls durch den Schuldner tragen, darunter auch die durch Zufall herbeigeführte Unmöglichkeit. Der klare Gesetzestext „auch durch Zufall eintretende Unmöglichkeit" läßt m. E. nicht die Vermutungen zu. Wäre der Schaden, der infolge eines Zufalls, den der Schuldner gemäß §§ 287 und 848 zu vertreten hat, eingetreten ist, schon in einem früheren Zeitpunkt entstanden, wenn der Schuldner rechtzeitig geleistet oder der Dieb nicht gestohlen hätte, so fällt die Ersatzpflicht weg.[81]) Bei den Beratungen über den Gesetzentwurf hat man in der 1. Kommission die Ansicht vertreten und das Gesetz auch dahingehend abgefaßt, daß es für die Befreiung des Schuldners notwendig sei, daß derselbe Zufall, der die Sache beim Schuldner betroffen hat, diese auch beim Gläubiger betroffen hätte. Diese Beschränkung wurde in der 2. Kommission weggelassen.[82]) Die herrschende Lehre[83]) nimmt auch mit Recht an, daß es sich zur Befreiung des Schuldners nicht um dasselbe Zufallsereignis zu handeln braucht, sondern es ist auch nicht erforderlich, daß es sich bei der drohenden Gefahr beim Gläubiger um einen Zufall handelt. Es könnte genau so gut ein Verhalten des Gläubigers selbst oder ein durch einen anderen hervorgerufenes Ereignis sein. Wenn nun derselbe Zufall die Sache auch beim Gläubiger betroffen hätte, so ist die Identität beider Ereignisse in der Hinsicht von Bedeutung, daß in dem Falle, auch wenn die Sache beim Gläubiger später als beim Schuldner von dem Ereignis betroffen worden wäre, eine Befreiung des Schuldners eintreten muß.[84])

Der Umstand, der denselben Schaden herbeigeführt hätte, der durch den haftungsbegründenden Umstand tatsächlich eingetreten ist, ist nach der oben dargelegten Ansicht ohne Wirkung auf die Schadensersatzpflicht. Diese Meinung weicht m. E. vom Schadensbegriff des BGB. ab, denn Schaden ist jede Differenz zwischen dem

---

79) Träger S. 265; von Tuhr a. a. O. S. 77.
80) 11. Bearb. S. 46 Anm. 2 und S. 182 Anm. 4.
81) Träger S. 266; von Tuhr S. 77.
82) Staudinger, Bem. II, 2 zu §287; Planck II, zu §287.
83) Träger S. 267; v. Tuhr, S. 75 Anm. 24.
84) Träger, S. 268.

vorhandenen Zustand und dem Zustand, der bestünde, wenn das zum Ersatz verpflichtende Ereignis nicht eingetreten wäre. Um jedoch diesen letztgenannten Zustand festzustellen, muß die normale, von dem schädigenden Ereignis unbeeinflußte weitere Gestaltung der Umstände berücksichtigt werden.[85]) Wenn jemand z. B. die Fensterscheibe eines anderen zerschlägt, so soll er auch noch dann dafür haften, wenn bald darauf das Haus verbrennt oder in der Gegend eine so große Explosion kommt, daß die übrigen Fenster des Hauses ebenfalls zerbrechen und nun unzweifelhaft die fragliche Fensterscheibe genau wie die anderen zerbrochen wäre. Nur wenn das künftige schädliche Ereignis seinen Schatten in Gestalt einer Gefährdung der Sache vorauswirft, kommt nach der herrschenden Lehre dieser Umstand in Betracht, aber nicht als Ausschluß der Haftung, sondern als Minderung der Leistung. Beispiel: Ein mit einer tödlichen Krankheit behafteter Hund wird überfahren. M. E. liegt hier jedoch keine Ermäßigung der Schadensersatzpflicht vor, denn der Tod eines Hundes, der sowieso nur wenige Tage zu leben hatte, verursacht seinem Halter eben nur geringen Schaden.

d) Verursachung durch mehrere Personen.

Es ist nicht notwendig, daß der Schaden durch eine einzige Personen an einem Erfolg mitgewirkt haben und zwar so, daß die Schaden von mehreren Personen verursacht wird. Dieser Fall wird im BGB. § 830 wie folgt erörtert: „Haben mehrere durch eine gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung einen Schaden verursacht, so ist jeder für den Schaden verantwortlich. Das gleiche gilt, wenn sich nicht ermitteln läßt, wer von mehreren Beteiligten durch seine Handlung den Schaden verursacht hat." Mehrere Personen können auf verschiedene Arten einen Schaden zusammen verursachen.

I. Eine gemeinsame Kausalität liegt vor, wenn mehrere Personen an einem Erfolg mitgewirkt haben und zwar so, daß die Handlung jedes Einzelnen für den Erfolg nicht genügen würde, aber alle Handlungen zusammen den nötigen Erfolg herbeiführen. Beispiel: A und B rollen eine Sache, die so schwer ist, daß jeder für sich allein sie nicht bewegen könnte, von einer bestimmten Höhe herunter. In diesem Fall hat jeder den ganzen Erfolg adäquat verursacht.

Die Anstifter und Gehilfen sind den Mittätern gleich zu setzen, also auch für den gesamten Schaden verantwortlich. Von mehreren

85) so auch Heck Grundriß S. 48; Enneccerus (11. Bearb. S. 50, Anm. 14) neigt auch zu dem Standpunkt, nimmt jedoch keine feste Stellung, sondern wirft das Problem nur auf und erwähnt die Tatsache, daß das Gesetz in 2 Fällen (§§ 278 und 848) das hypoth. Eingreifen einer Reserveursache ausdrücklich als Befreiungsgrund anerkennt.

vorsätzlich oder fahrlässig Handelnden haftet jeder, der den ganzen Erfolg adäquat verursacht hat, für den ganzen daraus entstandenen Schaden. Der ganze Erfolg ist aber von demjenigen verursacht, dessen Handlung nicht wegzudenken ist, ohne daß der juristisch bedeutsame Erfolg überhaupt wegfällt. Zu den Personen, die den ganzen Erfolg verursacht haben, gehören stets die vorsätzlichen Teilnehmer an unerlaubten Handlungen (Anstifter, Mittäter, Gehilfen).[86])

Es ist im BGB. der Fall nicht erwähnt, daß ein Schaden nicht durch gemeinsames Handeln entsteht, sondern mehrere, voneinander ganz unabhängige Handlungen verschiedener Menschen zusammenwirken. Z. B. zwei Fabrikanten lassen Abwässer in einen Fluß leiten und durch die Gesamtmenge der giftigen Stoffe wird ein Schaden verursacht. Auch in solchen Fällen ist jede der Handlungen eine conditio sine qua non und zugleich eine adäquate Voraussetzung des Erfolgs. Aus derselben Erwägung ergibt sich, daß jeder für den gesamten Schaden zu haften hat.

II. Von konkurrierender Kausalität kann die Rede sein, wenn mehrere durch Handlungen, welche sie unabhängig voneinander ausführen, denselben Schaden verursachen, so daß jeder an sich ohne die Beteiligung des anderen den selben Schaden in vollem Maße hätte verursachen können. Z. B. Zwei Fabrikanten vergiften durch ihre Abwässer einen Fluß, aber die Abwässer jedes einzelnen Fabrikanten hätten genügt, den Fluß zu vergiften. Das wird auch manchmal selbständige Verursachung genannt.[87])

In dem Falle könnte jeder Verursacher gegenüber dem Schadensersatzanspruch geltend machen, daß seine Handlung keine adäquate Vorbedingung des Erfolges sei, weil seine Handlung nicht einmal conditio sine qua non sei; denn das Wegdenken seiner Handlung habe keinen Einfluß auf den Erfolg. Der Erfolg wäre durch das Wirken der Tat des anderen im selben und vollen Maße eingetreten. Es wird aber dem Täter diese Entlastungsmöglichkeit eben aus praktischen Gründen nicht gegeben und jeder der Täter für den gesamten Schaden haftbar erklärt. Außerdem trägt[88]) die Bedingungstheorie diesem Fall Rechnung, indem sie auch diejenigen Umstände einzeln als Bedingungen im Rechtssinne betrachtet, die zwar einzeln weggedacht den juristisch relevanten Erfolg gänzlich unverändert lassen, nicht aber insgesamt weggedacht werden können, ohne daß die juristische Bedeutung des Erfolgs entfiele. Die durch diesen Gedankengang anerkannte Eigenschaft als conditio sine qua non jedes Umstandes läßt den obigen Einwand hinfällig werden.

---

86) Träger S. 282.
87) Enneccerus §458, 2.
88) Siehe oben S. 29.

III. Alternative Kausalität. Es kann festgestellt worden sein, daß ein Schaden von einem oder mehreren aus einer Gruppe von Personen herbeigeführt worden ist, aber welcher von diesen den Schaden tatsächlich verursacht hat, ist nicht festzustellen. In diesem Falle ist in der Regel die Ersatzpflicht wegen Mangels an Beweis der Kausalität für alle Verdächtigten zu verneinen. Z. B. ein Tier wird in einem Ort überfahren; es können zwei hintereinander fahrende Autos in Frage kommen, es kann aber nicht ermittelt werden, welcher von den beiden Fahrern der wirkliche Täter ist. Anders ist es dagegen, wenn die Tat von Mehreren sich als eine einheitliche Veranstaltung darstellt. Dieser Fall wird in § 830, I, 2 dahingehend behandelt, daß jeder der Beteiligten für den gesamten Schaden verantwortlich erklärt wird. Manche Autoren[89]) setzen voraus, daß das gemeinschaftliche Verhalten ein Delikt darstellen muß. Andere[90]) erachten es als genügend, wenn die Handlungsweise jedes Einzelnen (falls sich nachweisen ließe, daß er der Schädiger ist), sich als eine unerlaubte Handlung darstellen würde. Das Reichsgericht[91]) verlangt lediglich eine äußere, zeitliche und örtliche Einheitlichkeit des Vorganges von mehreren gleichartigen und an sich selbständigen Handlungen, so daß eine tatsächliche Gemeinschaftlichkeit der Gefährdung hergestellt wird. Eine bloße Beteiligung wird sich meist als eine fahrlässige Teilnahme darstellen, zudem werden in solchen Fällen diejenigen, die das schädigende Ereignis nicht verursacht haben, die Feststellung des wahren Verursachers veranlassen können.

e) Kausalität der Unterlassung.

Im physikalischen Sinne des Wortes kann ein Unterlassen niemals Ursache eines Erfolges sein, weil der Zustand der Außenwelt durch die Unterlassung nicht geändert wird. Dies ist jedoch nicht unbestritten. Die Gegner dieser Ansicht[92]) erklären, daß die Anhänger dieser Meinung das Verursachen fälschlich mit Bewirken gleich stellen, und nennen das Unterlassen eine negative Handlung. Franz Leonhard hält für die Kausalität der Unterlassung keine Begründung nötig. Nach seiner Meinung ist die Kausalität dann zu bejahen, wenn der Enderfolg mit dem als Ursache bezeichneten Umstand zu erklären ist. Bei der Unterlassung sei dieses Erfordernis auch gegeben.[93])

---

89) u. a. Träger S. 584 ff.; Oertmann Bem. 3 zu § 830.
90) u. a. Staudinger Bem. 3c zu §830.
91) RGE Bd. 96 S. 226.
92) Rümelin „Verwendung des Kausalbegriffs" S. 320; Franz Leonhard Bd. I, S. 174.
93) Leonhard S. 176.

Unterlassung ist die Nicht-Vornahme einer von einem anderen erwarteten oder doch als möglicherweise geschehend vorgestellten Handlung, die vorzunehmen in der Willensmacht des Unterlassers stand, kürzer gesagt: die Nicht-Vornahme einer erwarteten möglichen Handlung.[94]) Einen Erfolg herbeiführen heißt nach der weitest gefaßten Kausalitätstheorie: eine Bedingung setzen, die nicht weggedacht werden kann, ohne daß der rechtlich bedeutsame Erfolg unterbleibt. Aber auch der setzt eine für die juristische Betrachtung gleichwertige Bedingung zum Erfolg, der die Wirksamkeit einer anderen Bedingung, die den Erfolg verhindern würde, paralysiert, der die Entstehung einer dem Erfolg entgegenwirkenden Kraft verhindert, d. h. auch der verursacht den Erfolg, der durch positive Handlung eine Situation herbeiführt, in der der Erfolg, der andernfalls verhindert worden wäre, nicht verhindert wird, weil dadurch dem Erfolg entgegenwirkende Kräfte unwirksam bleiben müßten. Es besteht aber ein großer Unterschied zwischen der Verursachung der Nicht-Hinderung des Erfolgs durch positives Tun und bloße Nicht-Hinderung des Erfolgs seitens des Unterlassers. Es ist unrichtig anzunehmen, daß man bei der Unterlassung eine positive Bedingung setzt. Der Unterlasser setzt überhaupt keine Bedingung zum Erfolg. Er läßt nur den Dingen ihren Lauf. Diese Betrachtung ist juristisch sehr bedeutsam, denn sie hat zur Folge, daß die Unterlassung, streng genommen, auch nicht kausal betrachtet werden kann.

Unter Kausalität der Unterlassung wird folgendes verstanden: Kausal oder, wie Träger vorschlägt[95]), relevant ist die Unterlassung dann, wenn eine für den Unterlasser mögliche, aber von ihm nicht vorgenommene Handlung von gewisser Art den Eintritt des Erfolgs gehindert hätte. Eine bloße vorgestellte Körperbewegung ist hinzuzudenken und die sehr wahrscheinliche Wirkung dieser Tat zu berücksichtigen. Die Frage der Kausalität der Unterlassung beschränkt sich auf die Frage der Kausalität der vorgestellten, nicht gemachten Handlung. So ist die Unterlassung dann adäquat kausal, wenn die vorgestellte Handlung, die unterlassen worden ist, falls sie gemacht worden wäre, die objektive Möglichkeit eines Erfolgs von der Art des eingetretenen generell in nicht unerheblicherweise verhindert hätte. Eine solche adäquat kausale oder relevante Unterlassung kann aber eine Verantwortung, eine Ersatzpflicht nur dann begründen, wenn eine besondere Rechtspflicht zum Tun, zur Verhinderung des Erfolges bestand. Es ist gleich, aus welcher Rechtsquelle die Pflicht entspringt.

---

94) Träger „Problem der Unterlassungsdelikte in Straf- und Zivilrecht."

95) Träger „Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht" S. 72 ff., „Das Problem der Unterlassungsdelikte" S. 21.

Rümelin[96]) folgend ist auch Franz Leonhard[97]) der Ansicht, daß eine Rechtspflicht nicht nötig sei, sondern es genüge, wenn der Gefährdete sich auf das Eingreifen des anderen verlassen konnte. Es gibt zahlreiche Fälle, in denen es eine Rechtspflicht zum Handeln gibt, aber die Kausalität nicht bejaht werden kann. Z. B., wenn jemand es unterläßt, ein geplantes Verbrechen, einen Mord trotz der zwingenden Rechtsvorschrift anzuzeigen, so hat er doch nicht den Mord verursacht und kann nicht wegen eines solchen Verbrechens bestraft werden. Es gibt aber auch sehr viele Fälle, bei denen keine Rechtspflicht zum Handeln besteht, das Unterlassen aber trotzdem eine Haftung begründet.[98]) Um diese Lücke auszufüllen, hat die Rechtsprechung manche Rechtspflichten konstruiert, ohne allerdings sich auf einen Rechtssatz stützen zu können. Z. B.: Wer Sachen dem Verkehr übergibt, sei verpflichtet, sie in gefahrlosem Zustand zu halten; wer am Verkehr teilnimmt, sei verpflichtet, Gefahren zu verhüten usw.[99]) Dies sind alle Pflichten des Lebens, die durch Lebensregeln geschaffen sind. Die Verantwortung für eine Unterlassung ist gegeben, wenn ein anderer sich darauf verlassen darf, daß der Unterlassende handeln würde. Dieser Glaube des Geschädigten kann sowohl auf einem Rechtssatz wie auch auf den durch das Gemeinschaftsleben sich ergebenden Regeln und Verpflichtungen beruhen. Es ist auch die in der Gemeinschaft herrschende Anschauung zu berücksichtigen. In einem Lande, wo die Idee des Volksganzen herrscht, wie im nationalsozialistischen Deutschland, kann jeder Volksgenosse mit einer erhöhten Unterstützung und Hilfeleistung seiner Mitmenschen rechnen.

2. Entgangener Gewinn.

Wenn wir uns an die Definition des Schadens[100]) erinnern, so ist die Entwicklung des Vermögens, die ohne das schädigende Ereignis eingetreten wäre, zu berücksichtigen. Wenn es feststeht, daß das geschädigte Vermögen einen Gewinn erzielt hätte, so liegt der Unterschied auch in dem Fehlen des Gewinns. Es liegt also schon in dem relativen, subjektiven Schadensbemessungsgedanken des BGB., daß der entgangene Gewinn, soweit er mit dem schädigenden Ereignis in kausaler Verbindung steht, auch zu ersetzen sei. § 252 stellt, um Zweifel zu vermeiden, diesen Grundsatz im Gesetzestext auf..

Was gilt als entgangener Gewinn?

Der 2. Satz des § 252 lautet: „Als entgangen gilt der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach

96) Rümelin „Verwendung der Kausalbegriffe". S. 319 ff.
97) Franz Leonhard Bd. I, S. 176 ff., Bd. II, S. 598 ft.
98) Franz Leonhard Bd. I. S. 177.
99) Franz Leonhard Bd. II, S. 599
100) Oben S. 26.

den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte." Über die Bedeutung dieser Bestimmung besteht allerdings Meinungsverschiedenheit.

Nach der ersten Auffassung[101]) ist dieser Satz eine Begriffsbestimmung für entgangenen Gewinn. Im Entwurf der ersten Kommission hatte der Paragraph folgende Fassung: „als entgangener Gewinn kommt nur derjenige in Betracht..." Dieses Wort ist nach den Beratungen der 2. Kommission allerdings weggefallen. Das Gesetz will den Begriff des entgangenen Gewinns begrenzen. An und für sich ist jeder Gewinn, der sonst erzielt worden wäre, entgangen. Welcher Gewinn entgangen ist, ist also nach der Lehre des Kausalzusammenhangs zu bestimmen. Wenn wir für das BGB. das Prinzip des adäquaten Kausalzusammenhangs anerkennen, so muß der entgangene Gewinn, der zu ersetzen ist, auch mit Hilfe des adäquaten Kausalzusammenhangs bestimmt werden. Wenn das Gesetz den Gewinn, der „nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge... mit Wahrscheinlicheit erwartet werden konnte" als zu ersetzenden entgangenen Gewinn bestimmt, so schließt es sich hinsichtlich dieser Frage der adäquaten Kausalitätstheorie an. Wenn man sich dieser Auffassung anschließt, muß man aber annehmen — und das behaupten auch die Anhänger dieser Meinung — daß der Satz 2 eine ausschließende Bedeutung hat und als entgangener Gewinn nur der mit Wahrscheinlichkeit zu erwartende zu berücksichtigen sei, nicht aber der, von dem es nachträglich sich mit Bestimmtheit beweisen läßt, daß er tatsächlich gemacht worden wäre, der aber im Zeitpunkt des Eintritts des zum Schadensersatz verpflichtenden Umstandes nicht mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden durfte. Diese Meinung stützt sich hauptsächlich auf 3 Punkte:

1. Die Entstehungsgeschichte des Paragraphen. Der Hauptvertreter dieser Ansicht, Planck, der auch in der Kommission Mitglied war, berichtet,[102]) daß bei den Beratungen zwei Fassungen vertreten wurden:

a) Der zu ersetzende Schaden umfaßt auch den entgangenen Gewinn, soweit dieser nach den gewöhnlichen Vorkehrungen mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte.

b) Als entgangen ist nur derjenige Gewinn anzusehen...

Die Kommission nimmt den Paragraphen seinem sachlichen Inhalt nach an und beauftragt mit der Fassung die Redaktionskommission.

---

101) Vertreten durch Planck 2. Aufl. Anm. 2 zu § 252; Crome „System des bürgerlichen Rechts", Bd. 2, S. 73; Staudinger, 9. Aufl. Anm. 3 zu § 252.

102) Planck Komm. 2. Aufl. Anm. 2 zu § 252.

2. Der Wortlaut des Gesetzes. Wenn das Gesetz von „gilt" spricht und nicht ein „in Zweifel" oder „auch" hinzufügt, ist immer eine Begriffsbestimmung gegeben.

3. Innere Gründe. Ein Vertreter dieser Ansicht, Staudinger[103]) führt folgendes Beispiel an: Wenn A, der den Auftrag, ein Grundstück für B zu erwerben, hat, dies fahrlässig versäumt und der richtige Erwerber C in diesem nachträglich einen Schatz findet, soll dann A dem B den Wert dieses Schatzes ersetzen?

Eine zweite Ansicht hinsichtlich der Bedeutung des § 252, Satz 2 ist, daß er keine materiellrechtliche Bedeutung habe, sondern nur eine Beweiserleichterung darstelle. Diese Ansicht wurde durch Enneccerus begründet und ist unter seiner Autorität herrschende Lehre geworden. Nach dieser Meinung hat der Satz keine ausschließende Bedeutung. Danach genügt es, infolge dieser Vorschrift einen Gewinn als entgangen anzuerkennen, wenn bewiesen ist, daß der Gewinn mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte. Der Gewinn aber, der nicht mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte, aber tatsächlich erzielt worden wäre, ist auch zu ersetzen. Die Kausalfrage beschränkt sich beim entgangenen Gewinn auf die Feststellung, daß ein Gewinn, der gemacht werden konnte, tatsächlich auch gemacht worden wäre, wenn die haftungsbegründende Tatsache nicht eingetreten wäre. Danach ist also auch zu beweisen, daß der Geschädigte den möglichen Gewinn erzielen würde und wollte. Wenn aber ein Gewinn den Umständen nach als wahrscheinlich erwartet werden konnte, so ist anzunehmen, daß er auch gemacht sein würde, denn jeder Mensch will einen solchen Gewinn machen. Nach der Meinung von Enneccerus will der Satz 2 des § 252 nur dies besagen. Diese Ansicht stützt sich wiederum auf den Wortlaut, die Entstehungsgeschichte, den Zusammenhang mit der Regel des positiven Schadens und auf die Billigkeit.[104])

1. Das Wort „nur" wird mit Unrecht hinzugedacht. Der Wortlaut besagt, daß in solchen Fällen auch entgangener Gewinn anzunehmen sei, in denen nach der gewöhnlichen Regel nicht sicher ist, daß der Gewinn ohne die zum Ersatz verpflichtende Tatsache eingetreten wäre.

2. Bei der während der Entstehung des Paragraphen durch die 2. Kommission vorgeschlagenen Fassung „nur" wurde durch die Redaktionskommission der 2. Kommission dies geändert und das Wort nur gestrichen.

3. Die Operationen, die an § 215 des Entwurfs durch die gesetzgeberischen Faktoren wie Bundesrat und Reichstagskommission durchgeführt wurden, zeigen, daß auch diese Organe diese Meinung vertraten. Endlich erhält dieser Satz eine mit den allgemeinen

103) Anm. 3 zu § 252.
104) Enneccerus 6. bis 8. Aufl. § 235, V, S. 34 ff.

Grundsätzen harmonierende, für die Praxis geeignete Bestimmung.

Solange der Grundsatz des adäquaten Kausalzusammenhangs gewahrt bleibt, führen die beiden Ansichten im Endergebnis zu keinem bedeutsamen praktischen Unterschied. Ein Unterschied beider Ansichten bezüglich der Beurteilung des entgangenen Gewinns ist allerdings bei dem in Frage kommenden Zeitpunkt zu erblicken. Nach der Meinung von Planck sollte der Zeitpunkt berücksichtigt werden, in dem der schädigende Umstand eingetreten ist. Die andere Ansicht hat aber zur Folge, daß der Zeitpunkt betrachtet werden muß, in dem das Urteil gefällt wird.[105]) Das Reichsgericht vertritt auch Enneccerus' Standpunkt.[106])

Bez. der Gewinne, die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge eingetreten wären, herrscht kein Streit. Beide Ansichten sind sich über die Notwendigkeit des Ersetzens solcher entgangenen Gewinne einig. Ein ungewöhnlicher Gewinn dagegen ist nach der einen Meinung überhaupt nicht zu ersetzen, nach der anderen aber dann zu ersetzen, wenn sein Eintritt als sicher festzustellen ist.

Ich schließe mich der ersten Meinung, daß im § 252 eine Begriffsbestimung für den entgangenen Gewinn gegeben ist, a. n. M. E. ist nach Satz 2 ein ungewöhnlicher Gewinn dann als entgangen zu betrachten, wenn dieser Gewinn nach den besonderen Umständen als wahrscheinlich erscheint, und auch der ungewöhnliche Gewinn ist als entgangen zu betrachten, zu dessen Erzielung durch den Geschädigten Anstalten und Vorkehrungen getroffen worden sind, nach denen der Gewinn als wahrscheinlich erwartet werden konnte. Danach werden in Satz 2 drei Fälle von entgangenem ungewöhnlichen Gewinn abgegrenzt, in denen der Gewinn vom Gesetz aus als entgangen anzusehen ist.[107])

Diese 3 Möglichkeiten schließen den Begriff von entgangenem Gewinn ein. Ich unterscheide mich nun von der ersten Meinung, daß ich als entscheidenden Moment nicht den des Eintritts des schädigenden Ereignisses annehme; sondern, wie gleich unten dargelegt, die Voraussetzungen, um ein entgangener Gewinn zu sein, werden dann erfüllt, wenn der Gewinn in einem Zeitpunkt, der vor dem Urteil liegt, in der in § 252 beschriebenen Art und Weise sich als wahrscheinlich erweist.

---

105) Staudinger, Bem. 2 § 252.

106) Warneyer, Rechtsprechung 1929 S. 209 Nr. 115: „§ 252, 2, enthält lediglich eine Beweiserleichterung und will nicht etwaigen Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns durch Heranziehung des Zeitpunktes, in dem das zum Schadensersatz verpflichtende Ereignis eintrat, beschränken. Danach ist die volle Gewißheit, daß der Gewinn gezogen worden wäre, nicht erforderlich."

107) Dernburg, Bd. II, § 29, II.

Das Reichsgericht[108]) hat mit Recht in der angeführten Entscheidung darauf hingewiesen, daß es nicht nötig ist, daß für den Eintritt des Gewinns eine Sicherheit vorhanden sein soll. Es darf aber auch nicht der Gewinn nur ein bloß möglicher sein, sondern er muß in naher und bestimmter Aussicht gestanden haben. Es ist auch kein wesentlicher Unterschied, ob ein Recht, das zur Gewinnerzielung bestand, oder der tatsächliche Gewinn selbst verloren geht.[109]) In dem Paragraph den Sinn einer Erleichterung der Beweislast zu sehen, erkenne ich auch an, nenne es aber mehr als eine Beweiserleichterung eine Begriffserweiterung und zwar in dem Sinne, daß auch die an sich unwahrscheinlichen und deswegen in der Regel von der Rechtsordnung nicht beachteten Gewinne in den Begriff „entgangener Gewinn" einbezogen werden. Dies hat den Schutz des Geschädigten zum Zweck, da ihm nicht nur für diesen gewissen und sicheren Schaden, sondern auch für den wahrscheinlichen Schaden Ersatz gewährt wird. Eine wirkliche Beweiserleichterung ist aber auch soweit anzunehmen, als das Gesetz in den oben erwähnten, aus dem Text herausgenommenen 3 Fällen die Erzielung des Gewinns als höchst wahrscheinlich vermutet.

In Bezug auf den maßgebenden Zeitpunkt des „erwartet werden konnte" einigen sich die beiden Standpunkte auch nicht. Staudingers Standpunkt stützt sich auf die Vergangenheitsform des Satzes „erwartet werden konnte" und nimmt an, daß vom Gesetz ein vergangener Zeitpunkt gemeint sei, der nur der des Eintritts des Schadens sein könne. Dieser Gedanke scheint mir sehr formal zu sein. Die Imperfektform des Gesetzes ist als selbstverständlich anzusehen. Ein entgangener Gewinn ist eben entgangen. Vor dem Richter wird sich die Situation so darstellen, daß die Aussicht, den Gewinn zu erzielen, schon gänzlich verloren gegangen ist, und es wird nicht so sein, daß diese Aussicht erst im weiteren Verlauf der Dinge verloren gehen wird. Wenn auch der Gewinn in einem späteren Zeitpunkt als dem des Urteils zu erwarten war, so ist die Gewinnmöglichkeit und damit der Gewinn trotzdem vor dem Urteil in der Vergangenheit entgangen. Der Eintritt des schädigenden Ereignisses liegt öfters nicht im selben Zeitpunkt wie der Schaden selbst. Das Entgehen des Gewinns ist hier der Schaden. Er ist eingetreten in dem Zeipunkt, wo keine Gewinnmöglichkeit mehr besteht, wo der wahrscheinliche Gewinn infolge des schädigenden Umstandes nicht mehr erzielt und erwartet werden konnte. Dieser Zeitpunkt ist also auch für den § 252,2 maßgebend. Das Reichsgericht[110]) lehnt auch die Ansicht ab, daß für die Beurteilung der Wahrscheinlichkeit des entgangenen Gewinns der Zeitpunkt des Eintritts des schädigenden Ereignisses maßgebend sei.

108) Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen 1907, S. 37.
109) Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen 1917 Nr. 9 S. 15.
110) Warneyers Jahrbuch 1929, Nr. 15, S. 209.

3. Die §§ 842—847 BGB.

Der 25. Titel des BGB., der von den unerlaubten Handlungen handelt, enthält manche Vorschriften, die besondere Grundsätze für das Ausmaß des Umfangs des Schadensersatzes bei manchen besonderen Arten des schädigenden Erfolges wie z. B. Tötung, Körperverletzung usw. geben. Dies sind die §§ 842 — 847. Diese Paragraphen sind in die von den unerlaubten Handlungen eingeordnet. Die herrschende Meinung[111]) will ihnen deswegen ein ausschließliches Anwendungsgebiet in den unerlaubten Handlungen einräumen. Diese Meinung stützt sich auf § 618, Abs. 3, der für einen Fall der vertraglichen Ersatzpflicht die Anwendbarkeit der §§ 842 — 846 ausdrücklich bestimmt. Wenn der Gesetzgeber gewünscht hätte, daß diese Bestimmungen auch in den übrigen Fällen des Schadensersatzrechtes Anwendung finden sollten, hätte er in diesem einen Fall es nicht ausdrücklich zu sagen brauchen. Diese ausdrückliche Bestimmung aber hindert keineswegs eine weitere Anwendung der §§ 842 — 846 für die nicht durch unerlaubte Handlung herbeigeführten Schadensfälle.[112])

Mit Recht nimmt von Tuhr[113]) die Anwendung der §§ 842 und 843 für jeden Schadensersatzfall an. Die Vorschrift des § 842, daß der Schadensersatz sich auf die Nachteile erstreckt, welche für Erwerb und Fortkommen des Verletzten entstanden sind, ergibt sich schon aus der Schadensdefinition des § 249 und ist überall anzuwenden. Von Tuhr bemerkt, daß die §§ 842 und 843 nur den Vermögensschaden betreffen und, dem Prinzip des § 249 entsprechend, nähere Bestimmungen enthalten. Die oben angeführte Ansicht, daß diese Paragraphen wegen ihrer Stellung im Gesetz nur bei Delikten anzuwenden seien, ist seiner Meinung nach nicht richtig, denn es sei nicht einzusehen, inwiefern bei Körperverletzung der Ersatz des materiellen Schadens, wenn er aus einer Vertragsverletzung heraus verlangt wird, einen anderen Inhalt haben könne. Wolle man bei einer Klage aus einem Vertrag den Ersatz der Nachteile von Erwerb und Fortkommen verweigern, so würde dies das Prinzip des § 249, das der vollen Entschädigung, durchbrechen. Und warum solle der Ersatz für Erwerbsunfähigkeit und Vermehrung der Bedürfnisse, wenn aus einem Vertrag geklagt wird, nicht in einer Geldrente bestehen, da dieser Modus der Entschädigung doch dem Prinzip der Naturalherstellung am besten entspricht.

---

111) Staudinger, Bem. 1 zu § 842; Planck, Bem. 2 zu § 842; Oertmann, Bem. 5 zu § 842.

112) RGR Komm. Bem. 1 zu § 842.

113) von Tuhr „Allgemeiner Teil des BGB." Bd. 3, S. 462 und Bd. 1 S. 279 Anm. 37a; ebenso: Warneyer, Komm. S. 1494; Leonhard Bd. 2, S. 636.

Von Tuhrs Meinung ist als zutreffend zu erachten, denn die Art und der Umfang des Schadensersatzes ist nicht von der Art der Herbeiführung des Schadens abhängig. Das BGB. kennt auch keine Stufung der Schadensersatzpflicht nach der Schwere des Verschuldens. Der Schaden ist immer in vollem Umfang zu ersetzen.

Mit Recht nimmt von Tuhr auch die Anwendung des § 843 für alle Schadensersatzgebiete, insbes. auch für Vertragsverletzungen an, denn § 843 ergibt sich aus der Regel der Naturalherstellung des § 249 und ist nicht, wie man öfters[114]) annimmt, eine Ausnahme davon. Das Reichsgericht hat einmal[115]) mit Nachdruck betont, daß § 843, Abs. 4, obwohl „diese Bestimmung ihrem Wortlaut nach zunächst nur die Fälle im Auge hat, daß infolge der Verletzung die Erwerbsfähigkeit des Verletzten aufgehoben oder vermindert ist . . nach ihrer Entstehungsgeschichte kann aber kein Zweifel darüber aufkommen, daß damit ein allgemeiner, dem ganzen Inhalt der Schadensersatzpflicht wegen Verletzung des Körpers oder der Gesundheit umfassender Grundsatz aufgestellt werden sollte." Da aber der Tatbestand dieses Urteils auch zu den unerlaubten Handlungen gehörte, kann man daraus schwer folgern, daß das Reichsgericht den § 843, Abs. 4 auch auf Vertragsverletzungen anwenden wollte. Sonst hat das oberste Gericht die Anwendung der §§ 842 — 847 für die Schadensersatzfälle, die außerhalb der Gebiete der unerlaubten Handlung liegen, verneint. Zuletzt verneinte das Reichsgericht in einer Entscheidung in Bd. 144 S. 68 die Anwendung des § 845 für die Haftung aus dem Eisenbahnhaftungsgesetz. Das Schmerzensgeld aus § 847 verneint das Reichsgericht[116]) auch für die Fälle des § 823, Abs. 2 und bei Vertragsverletzungen.[117])

Es ist aber nicht einzusehen, warum von Tuhr, der die Anwendbarkeit der beiden §§ 842 und 843 gut begründet für alle Schadensersatzfälle annimmt, dieselbe Begründung für die weiteren vier §§ 844 — 847 ausschlägt, indem es bei ihm heißt, daß die Ansprüche der Hinterbliebenen und der Dienstberechtigten, §§ 844 bis 845, die Besonderheiten des Rechts der unerlaubten Handlungen seien. Franz Leonhard[118]) dagegen ist zutreffend der Meinung, daß die §§ 842—847 auf alle Schadensersatzfälle, also auch auf die Vertragsverletzungen anwendbar seien. Die Art der haftungsbegründenden Tatsache kann nur für die prinzipielle Frage in Betracht kommen, ob eine Schadensersatzpflicht zutrifft oder nicht. Die Art des zu leistenden Schadensersatzes ist nach dem BGB. nicht von der Art der haftungsbegründenden Tatsache, sondern von der Art des ent-

114) RGR. Komm. Anm. 1 zu § 843.
115) Bd. 65, S. 162.
116) Bd. 142 S. 122.
117) Bd. 112 S. 294, Bd. 113 S. 290.
118) Bd. 2 S. 636.

standenen Schadens, dessen Größe und Umfang abhängig. Darum muß man auch annehmen, daß, wenn in irgendeiner denkbaren Weise jemand durch Vertragsverletzung getötet wird, die Beerdigungskosten, § 844, Abs 1, Ersatz der Unterhaltskosten durch Entrichtung einer Geldrente, § 845, Abs. 2, und wenn der Gestorbene oder Verletzte kraft Gesetzes zu Dienstleistungen verpflichtet war, Ersatz des dem Dritten daraus entstandenen Schadens dem Vertragsverletzer zu Lasten fallen. Es ist auch nicht einzusehen, warum, wenn durch Vertragsverletzung der Tatbestand von § 847 erfüllt ist, nicht der Geschädigte von dem Vertragsverletzer ein Schmerzensgeld verlangen kann. Die herrschende Lehre[119]) und auch manche[120]), die die Anwendung der §§ 842 und 843 bei Vertragsverletzungen für zulässig erklären, verweigern die Anwendung des § 847. Als Grund dafür wird angeführt,[121]) daß Schmerzensgeld nur in gesetzlich bestimmten Fällen beansprucht werden kann. Eine entsprechende Anwendung sei ausgeschlossen und deswegen könne man unter Berufung auf § 847 bei einem lediglich durch Vertragsverletzung zugefügten Schaden nicht Schmerzensgeld verlangen.[122]) Diese Begründung scheint durchaus verfehlt, denn es wird keine entsprechende Anwendung des § 847, sondern eine direkte Anwendung desselben verlangt. Denn wenn der Tatbestand des § 847 erfüllt ist, soll er in Anwendung kommen. Die Fälle der Vertragsverletzungen, die den Tatbestand des § 847 erfüllen, sind meistens auch Delikte im Sinne der §§ 823 ff. In solchen Fällen soll auch nach der Meinung des Reichsgerichts der § 847 in Anwendung kommen. Als Verpflichtungsgrund zum Schadensersatz besteht zwischen Vertragsverletzungen und Delikten keinerlei Unterschied. Wie Leonhard[123]) mit Recht bemerkt, sind die Schmerzen des Verletzten deshalb nicht geringer, weil er nicht von einem außenstehenden, sondern von dem Vertragspartner verletzt wurde. Daß eine innere Begründung für die verschiedene Behandlung der Vertrags- und Deliktsverletzungen fehlt, gibt auch das Reichsgericht in Bd. 65 S. 21 zu. Die Pflicht des Vermieters zur Zahlung von Schmerzensgeld bei der Gesundheitschädigung des Mieters durch Rauchgas ist vom Kammergericht anerkannt worden,[124]) obwohl eine solche Haftung sich nur aus dem Mietvertrag begründen läßt. Es gibt auch keinen Grund, den Vertragsverletzer

---

119) Planck Anm. 2a zu § 847; Soergel Anm. 8a zu § 847; Enneccerus § 240, Anm. 1.

120) von Tuhr „Allgemeiner Teil des BGB." Bd. 3 S. 462 und Bd. 1 S. 259; RGR. Komm. Anm. 1 zu § 847.

121) RGR. Komm. Anm. 1 zu § 847; RGE. in JW. 1926 S. 2291; JW. 1910 S. 112, 13.

122) RGE. Bd. 65 S. 21; Bd. 112 S. 294; Bd. 113 S. 290.

123) S. 636.

124) Soergel 6. Aufl Anm. 8a zu § 847.

besser zu behandeln als den Deliktsschuldner. Außerdem ist die Abgrenzung der Delikte von Vertragsverletzungen und sonstigen relativen Unrechtsfällen in mehreren Beziehungen sehr schwer. Eine Vertragsverletzung liegt nicht nur dann vor, „wenn der Schuldner die zugesagte Leistung nicht bewirkt, sondern auch, wenn er sie so vornimmt, daß der Gläubiger dabei in seinem sonstigen Vermögen oder in seiner Person geschädigt wird (positive Vertragsverletzung), denn es gehört nach § 242 zu der Vertragspflicht des Schuldners, bei der Erfüllung die erforderliche Rücksicht auf den Gläubiger zu nehmen.“[125])

Dieselbe Handlung kann manchmal eine Vertragsverletzung und eine objektiv unerlaubte Handlung zugleich sein. Es wäre daher eine richtigere Fassung, und würde zu keinem Zweifel führen, wenn die §§ 842—847 bei den allgemeinen Regeln des Schadensersatzrechts neben den §§ 249—255 gestanden hätten. Ein solcher Vorschlag lag, allerdings nur für § 842, bei den Beratungen für den Entwurf des BGB. vor, wurde aber abgelehnt.[126])

4. Ersatzansprüche Dritter.

a) Im allgemeinen.

Das BGB. gewährt einen Schadensersatzanspruch grundsätzlich nur demjenigen, der von dem zum Ersatz verpflichtenden Ereignis unmittelbar betroffen wird, denn die Widerrechtlichkeit kann nur demjenigen gegenüber begründet werden, dem ein subjektives Recht oder ein besonderer Rechtsschutz für das beschädigte Gut zusteht. Durch ein Ereignis kann aber auch ein anderer als der unmittelbar Beteiligte Schaden erleiden. Hier handelt es sich um mittelbaren Schaden. Das ist derjenige Schaden, der jemanden auf Grund einer besonderen Rechtsbeziehung trifft, die er zu einem anderen, seinerseits unmittelbar Geschädigten hat. Es ist anzunehmen, daß dieser fremde (mittelbare) Schaden von dem Ersatzberechtigten soweit zu berücksichigen ist, als er auf sein Vermögen einwirkt. Dann ist er allerdings mittelbar auch sein Interesse. Die Höhe des Schadens wird durch die Sonderbeziehungen zu einem Dritten beeinflußt.[127])

Der fremde Schaden kann auf das Vermögen des unmittelbar Beteiligten wirken:

a) wenn ein koinzidierendes Interesse vorliegt. Von einem koinzidierenden oder Haftungs-[128])Interesse kann man sprechen,

---

125) von Tuhr „Allgemeiner Teil des BGB.“ S. 462 ff.

126) Protokolle Bd. II S. 637.

127) Oertmann „Schadensersatz“ in Handwörterbuch d. Rechtsw. Bd. 5 S. 259.

128) von Tuhr „Allgemeiner Teil des BGB.“ S. 537.

wenn bei ein und demselben schädigenden Ereignis die Interessen mehrerer Personen zusammenfallen. Z. B.: Dem Bauunternehmer A wird die rechtzeitige Herstellung des Baues dadurch unmöglich gemacht, daß der ihm lieferungspflichtige C vertragswidrig und schuldhaft schlechtes Baumaterial liefert.[129]) Geschädigt ist der Bauherr B und insoweit auch der Bauunternehmer A, weil er für Verspätung dem B gegenüber haftet. A ist also ein Klagerecht wegen des dem B entstandenen Schadens zuzuerkennen.

b) Wenn eine Sache in der Hand desjenigen beschädigt wird, der verpflichtet war, sie einem Dritten herauszugeben, kann auch der Fall mehrere Personen berühren. Dann wird von transitorischem Interesse gesprochen.[130])

Wenn in solchen Fällen derjenige, in dessen Hand sich die Sache befand, dem Dritten gegenüber haftet, so ist sein Klagerecht dem Schädiger gegenüber mit seinem Interesse zu begründen. Das Problem des Drittinteresses liegt aber nicht darin. Einig sind die Meinungen in dem Fall nicht, ob, wenn der Erste dem Dritten gegenüber nicht mehr haftet (z. B. weil beim Versendungskauf der Verkäufer die Sache bereits einem Spediteur übergeben hat) oder das Drittinteresse größer und höher ist als sein Interesse, er doch noch des Dritten Interessen in Rechnung stellen kann. Eine Einigkeit herrscht nur darin, daß das Rechtsgefühl die Berücksichtigung des Schadens Dritter verlange. Man ist sich aber nicht einig über die Anhaltspunkte und die Begründung des Anspruchs des mittelbar Geschädigten für den Schaden eines Dritten. Man hat versucht, den Anspruch aus dem Grundsatz der Naturalherstellung zu begründen. Da zum Verlangen der Naturalherstellung anerkanntermeise[131]) kein Vermögensinteresse notwendig ist und auch ein Affektionsinteresse dafür genügt, sollte der unmittelbar Geschädigte mit Rücksicht auf sein Bestreben, dem Dritten das zukommen zu lassen, was er haben sollte, die Wiederherstellung verlangen dürfen, die naturgemäß auch dem Interesse des Drittgeschädigten zugute kommen sollte.[132]) Ein anderer Weg zur Begründung der Forderung des Schadensersatzes Dritter ist die juristische Konstruktion eines eigenen Schadens des Gläubigers, der dem Drittinteresse entsprechen soll. Die Anhänger dieser Meinung wollen auch dann, wenn der Gläubiger in Wirklichkeit dem Dritten gegenüber nicht haftet, eine Haftung konstruieren. Danach soll z. B. der Kommissionär,[133]) den im Verhältnis zum Kommittenten kein Verschulden trifft und der auch

---

129) Staudinger 9. Aufl. Vorbem. III, 2, a zu §§ 249—255.

130) von Tuhr, Grünhut Bd. 25 S. 536; Kritische Vierteljahresschrift Bd. 47, S. 69.

131) Reinhardt S. 10.

132) Für die Widerlegung des Gedankens siehe Reinhardt S. 13 ff.

133) Kluckhohn, Archiv f. ziv. Praxis Bd. 111 S. 394 ff.

nicht für den Zufall zu haften hat, den Schaden des Kommittenten wegen schlechter Erfüllung von dem anderen Vertragspartner auch verlangen können und zwar deswegen, weil nach Treu und Glauben derjenige, der in fremdem Interesse tätig ist, einen Ersatzanspruch zugunsten des Dritten auszubedingen verpflichtet sei.[134]) Wenn er dieser Pflicht nicht nachkommt, wird er zum Schadensersatz verpflichtet. Der Schadensersatz, den der Gläubiger zu leisten hat, ist das Interesse des Dritten, das der Dritte von dem Schuldner verlangen könnte, wenn ihm ein direktes Klagerecht zustünde. Dieser Schaden, der dem Gläubiger durch das Einstehen-Müssen erwächst, soll sein Interesse für die Haftung begründen.[135]) Hellwig[136]) und Rodig[137]) versuchen durch Auslegung des Vertrages zwischen Gläubiger und Schuldner nach dem Grundsatz von Treu und Glauben das Klagerecht des Gläubigers für das Drittinteresse zu begründen. Sie gelangen bei diesem Versuch zu dem Resultat, dieses Recht dann anzuerkennen, wenn beim Abschluß des Vertrages der Schuldner die Beteiligung einer dritten Person kannte oder kennen mußte.[138]) Damit bleibt aber der Dritte in sehr vielen Fällen doch ohne Ersatz, und das ist mindestens dann unbillig, wenn es für den Schuldner indifferent ist, ob er die Leistung an den Gläubiger oder einen anderen Dritten zu leisten hat und er von seiner Verpflichtung frei wird, weil es sich zufällig nachträglich herausstellt, daß die Leistung an einen Dritten erfolgen sollte.

Neuner[139]) will mit einem neuen Schadensbegriff entgegen der Differenztheorie operieren, indem er als Schaden „eine Verletzung eines Gutes, das mit Geld erworben wird" annimmt und infolge dieser Annahme, da es nicht auf die Subjektivität des Interesses ankommt, das Recht für die Liquidierung des Fremdschadens begründet sein soll.

Leonhard[140]) unterstreicht das unbedingte und unbestrittene praktische Bedürfnis nach einem Anspruch des Vertragsgläubigers auf Ersatz des Schadens des Drittbeteiligten und daß es dem geschädigten Dritten von sich aus nicht möglich sei, den Ersatz des ihm entstandenen Schadens zu verlangen. Denn er ist nicht Vertragspartner, und eine unerlaubte Handlung ist die schädigende Tat meistens nicht; wenn tatsächlich eine unerlaubte Handlung bestehen sollte, so ist der Anspruch, der daraus entsteht, für den Geschädigten nicht so

134) Kluckhohn S. 343.
135) Kluckhohn S. 394.
136) Die Verträge auf Leistung an Dritte, S. 82 ff.
137) Die Schadensliquidation im Drittinteresse, S. 28 ff.
138) Rodig S. 33.
139) Interessen und Vermögensschaden, in Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 133 S. 277 ff.
140) Leonhard „Allgemeines Schuldrecht des BGB." S. 201 ff.

vorteilhaft wie ein Anspruch aus Vertragsverletzung, man denke an die Beweiserleichterung des § 282 und die verschärfte Haftung des § 278. Es muß also aus praktischen Bedürfnissen heraus ein Anspruch aus Vertrag zum Ersatz des Schadens des Geschädigten begründet werden. Ein solcher Anspruch kann dem Vertragspartner zuerkannt werden. Ein praktisches Beispiel gibt uns § 430 HGB., in dem er dem Frachtführer einen Schadensersatzanspruch gegen den schädigenden Dritten zuerkennt.

Planck[141]) erkennt auch die Notwendigkeit eines Anspruchs des Gläubigers auf Liquidierung des Drittinteresses an, und da ein gesetzlicher Anhaltspunkt fehlt, neigt er bei der Begründung dieses Anspruchs zur Annahme einer Koinzidenz immer in den Fällen, bei denen der Gläubiger sich zur Entschädigung des Dritten gezwungen fühlt.

Enneccerus,[142]) Fischer,[143]) Oertmann,[144]) und Neuner[145]) wollen das Recht des Gläubigers, auch den Schaden des Dritten zu verlangen, durch die Heranziehung des § 281 begründen und beweisen. Im § 281 sei der Grundsatz aufgestellt, daß der Schuldner auch bei einer nicht von ihm zu vertretenden Unmöglichkeit seinem Gläubiger die Ersatzansprüche abzutreten habe, die er für den geschuldeten Gegenstand erlange. Das Gesetz ginge dabei offenbar davon aus, daß der Schuldner einen Ersatzanspruch erlangen könne, obwohl er kein Eigeninteresse an der Leistung habe.

Das Gesetz verwirft oder mißachtet die Geltendmachung des Drittinteresses nicht. Das ist aus § 991 ersichtlich, der den Schuldner (unrechtmäßigen Besitzer) verpflichtet, für einen Schaden aufzukommen, den der Eigentümer, nicht sein Vertragspartner erlitten hat.[146]) Eine allgemeine Regelung bezüglich des Drittschadens fehlt im BGB. darum, weil der Gesetzgeber es gefährlich fand, ein Problem, über dessen Lösung in der Theorie noch Meinungsverschiedenheiten bestanden, gesetzmäßig zu behandeln, und das BGB. überließ dessen Lösung ausdrücklich der Wissenschaft. Deswegen sind m. E. die Versuche, das Problem vom Gesetz aus zu lösen, ein Fehlschlag. Die wesentliche Rechtfertigung für ein solches Klagerecht liegt in seiner praktischen Notwendigkeit. Deswegen glaube ich, daß Leonhard den richtigen Weg gefunden hat. Wo die Grenzen dieses durch praktische Bedürfnisse begründeten Rechts zu ziehen sind, muß ebenfalls den Bedürfnissen überlassen bleiben. Einer der Gründe, daß der Gesetzgeber es absichtlich unterlassen hat, eine Regelung zu

141) 4. Aufl. Bem. 6b, γ.
142) 11. Bearbeit. § 13, I, b.
143) Der Schaden nach dem BGB. S. 105.
144) Vorbem. 3 b α zu §§ 249 ff.
145) Interesse und Vermögensschaden, S. 277.
146) Oberscheidt: „Die Schadensforderung aus dem Interesse eines Dritten„ S. 19.

treffen, ist auch die Schwierigkeit einer einwandfreien Fassung. Die Frage bleibt also vom Gesetz aus den Bedürfnissen überlassen, und der Richter hat dies je nach den Umständen des einzelnen Falles zu bestimmen.

Das Reichsgericht erkennt das Klagerecht des Gläubigers für Drittschaden nur dann an, wenn der Gläubiger auf eigenen Namen für fremde Rechnung gehandelt hat.[147]) Dies trifft beim Kommissionär und Spediteur zu, aber nur dann, wenn der Dritte den Beauftragten haftbar macht oder in Zukunft haftbar machen will.[148])

Nach Oertmann[149]) kann der Gläubiger die Leistung des Ersatzes des Schadens, der einen Dritten betroffen hat, nach seiner Wahl sowohl an sich selbst als auch an den Dritten verlangen.

Eine hiervon abweichende Meinung vertritt von Tuhr,[150]) nach dem der Gläubiger, der zu einem Dritten in einem Rechtsverhältnis steht, vermöge dessen das Interesse an der Leistung des Schuldners statt beim Gläubiger bei diesem Dritten entsteht oder nachträglich auf den Dritten übergeht, den Schuldner zur Entschädigung des Dritten anhalten kann. Außerdem erkennt von Tuhr[151]) auch ein Klagerecht dem Dritten und zwar direkt und unabhängig vom Gläubiger zu. Es stehen also zwei Forderungen gleichen Inhalts nebeneinander.[152]) Das unabhängige Forderungsrecht des Schuldners ist für ihn eine Sicherheit. Oberscheidt[153]) bestreitet die Rechtmäßigkeit eines unabhängigen Anspruchs und meint, daß ein solches Recht die Stellung des Konkursgläubigers beim Konkurse des Gläubigers unbillig verschlechtern würde. Dieser Meinung kann nicht beigepflichtet werden, denn wenn wir für den Dritten kein selbstständiges Klagerecht anerkennen, würde dies seine Lage ungerecht verschlechtern. Wäre die Sache gut angekommen, so hätten die Konkursgläubiger doch nichts davon erhalten. Der Schadensersatz, den der Zahlungsunfähige geltend macht, leitet sich nicht aus seinem Vermögen ab, sondern die Vorzüge und Nachteile aus dieser Klage gehören ausschließlich zum Vermögen des Dritten; wird der Schadensersatzanspruch bejaht, so gehört die erhaltene Ersatzsumme dem wirklich geschädigten Dritten, wird dagegen die Klage abgewiesen, so verliert wieder der Dritte einen Anspruch aus seinem Vermögen. Deswegen können die Gläubiger der Konkursmasse kein Recht auf diesen Schadensersatzbetrag beanspruchen.[154]) Der einzige

147) RGE. Bd. 87 S. 290; Bd. 90 S. 246; Bd. 113 S. 254; Bd. 115 S. 425.
148) JW. 1910, 1000, 4.
149) Vorbem. 3, b, α, vor § 249.
150) Grünhut, Bd. 25, S. 567.
151) Krit. VJSchr. Bd. 43, S. 585 ff.; Bd. 47 S. 95; Grünhut Bd. 25 S. 582 ff.
152) von Tuhr in Grünhut Bd. 25, S. 581, in: Kritische Vierteljahresschrift Bd. 47 S. 95.
153) Oberscheidt S. 27.
154) von Tuhr in Grünhut Bd. 25 S. 578.

stichhaltige Einwand gegenüber dem Gedanken von Tuhrs, daß auch dem Dritten ein Klagerecht zuzusprechen sei, ist derjenige, daß unter Umständen die Verfügung über den Schadensersatz, besonders wenn der Kaufpreis noch nicht bezahlt ist, sehr wichtig sein kann. Diesem Einwand hat aber von Tuhr auch Rechnung getragen, indem er dem Gläubiger das Recht zuerkannte, als Hauptintervenient bei der Geltendmachung der Klage aufzutreten.[155])

Bei der Geltendmachung des Drittinteresses erkennt von Tuhr dem Gläubiger nur das Recht zu, die Leistung an den Dritten zu fordern, nicht also auch an sich selbst.[156]) Er kann aber nach seiner Meinung die Summe der Entschädigung mit befreiender Wirkung entgegennehmen. Wenn er dem Dritten gegenüber nicht haftet, so kann er die Summe nur mit der Bestimmung bekommen, sie zur Begleichung des Schadens des Dritten zu verwenden. Wenn der Dritte auf die Schadensersatzforderung verzichtet oder der Gläubiger nicht mehr zu leisten braucht, wenn z. B. der untergegangen gedachte Gegenstand gefunden wird oder die Forderung des Drittgeschädigten verjährt ist, so kann der Schuldner, der die Entschädigung dem Gläubiger gezahlt hat, sie nach § 812 BGB. zurückfordern.

Manche andere[157]) sind dagegen der Meinung, daß der Gläubiger nur Leistung des Schadensersatzes an sich selbst verlangen kann.

Staudinger[158]) verneint jedes Klagerecht des Gläubigers für einen solchen Schaden, den er gar nicht erleidet.

Das Reichsgericht gewährt in der Paxis, wie oben dargelegt, ein Klagerecht dem Gläubiger für einen dem Dritten entstandenen Schaden, wenn der Dritte ihn haftbar gemacht hat oder machen kann. Ein Klagerecht des Dritten dem Schuldner gegenüber wird aber nicht anerkannt. Er hat in der Regel nur einen Anspruch auf Abtretung.[159])

b) Die Ansprüche aus den §§ 844—845.

b1) Allgemeines.

Ausnahmen, die dem mittelbar Geschädigten einen Schadensersatzanspruch gewähren, sind die §§ 844—845. Die Anwendbarkeit dieser Paragraphen auch in den Gebieten der außerdeliktischen Schadensersatzhaftung ist oben S. 47 ff. begründet und dargelegt

---

155) von Tuhr in: Grünhut, Bd. 25 S. 583.
156) von Tuhr in: Grünhut, Bd. 25 S. 566, S. 570—571.
157) U. a. Rodig, S. 52.
158) Staudinger, 9. Aufl. Vorbem. 2, c, zu § 249; siehe auch Kress, Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts S. 294.
159) Soergel 6. Aufl. S. 446.

worden. Die Literatur, sogar wie oben S. 48 erwähnt, von Tuhr versagt dem § 844 die Anwendung auf Gebiete, die außerhalb der unerlaubten Handlung liegen.[160]) Staudinger[161]) erwähnt dabei auch die Unzulässigkeit der Anwendung auf den Gebieten des öffentlichen Rechts. Die reichsgerichtliche Judikatur[162]) ist sich mit der Literatur über die Unanwendbarkeit der §§ 844 und 845 auf dem Gebiete der Vertragsverletzung einig. Allerdings zu Unrecht.[163]) Entgegen Staudingers Ansicht bejaht das Reichsgericht aber die sinngemäße Anwendung des § 844 auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts, insbesondere in der Entscheidung JW. 1926 S. 2292. Das Reichsgericht betont in dieser Entscheidung, daß „... gerade vom Standpunkte des öffentlichen Rechts die Entscheidung, zu welcher das Berufungsgericht von dem des bürgerlichen Rechts aus nicht gelangen durfte, zu billigen ist ... Ebenso wie der Satz, daß ein Schuldner das Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen wie sein eigenes zu vertreten habe, ein Norm nicht nur des Privatrechts, sondern auch des öffentlichen Rechts darstellt, gehören auch die in § 844 zum Ausdruck gelangten Rechtsgedanken gleichfalls dem bürgerlichen und dem öffentlichen Recht an". Dadurch entkräftet das Reichsgericht schon selbst seine Begründung für die Nichtanwendung desselben Paragraphen auf dem Gebiete des Vertragsrechts, eine Begründung, die darauf beruht, daß das Gesetz ausdrücklich die Anwendung des § 844 auf unerlaubte Handlungen beschränke und die Anwendung deswegen nicht zu erweitern sei.

b2) Im Falle der Tötung wegen entzogener Unterhaltsberechtigung.

§ 844, I legt die Verpflichtung zum Ersatz der Beerdigungskosten im Falle der Tötung auf. Der Ersatzberechtigte ist derjenige, der die Beerdigungskosten kraft Gesetzes zu tragen hat. In erster Linie also die Erben, die kraft Gesetzes zum Unterhalt verpflichteten Personen und bei unehelichen Kindern der uneheliche Vater.[164]) Dagegen kann ein Anspruch auf Beerdigungskosten nach Maßgabe von § 844 nicht demjenigen zuerkannt werden, der die Beerdigungskosten zu tragen vertraglich verpflichtet ist z. B. Sterbekasse; denn hier entsteht die Verpflichtung auf Grund einer Gegenleistung und

160) Planck 4. Aufl. Anm. 3; Oertmann, 5. Aufl. Anm. 5a; Staudinger 9. Aufl. Bd. 2, 3, S. 1969; Soergel 6. Aufl. Anm. 1; dagegen mit Recht Franz Leonhard Bd. 2 S. 68.

161) Staudinger 9. Aufl. Bd. II, 3, S. 1969.

162) RG. in JW. 1908 S. 9; 1926 S. 2290, insbes. 2292; Recht 1915, Nr. 1803, Deutsche Richterzeitung, Bd. 30 Nr. 500. Die Anwendbarkeit des § 844 auf dem Gebiete des § 839 wird bejaht in RGZ. Bd. 94 S. 102, JW. 1930 S. 1582.

163) Vgl. oben S. 47 ff.

164) Planck Bem. 3.

deswegen ist die Sterbekasse insoweit nicht als geschädigt anzusehen.[165]) Wenn der Tod nicht sofort eintrat und zwischen der Verletzung und dem Tod ein Zeitraum liegt, in dem dem Getöteten manche Schäden wie Heilungsversuche, Benachteiligung in seinem Erwerb usw. entstanden sind, so gehen die insoweit schon in der Person des Verletzten begründeten Schadensersatzforderungen mit seinem Tode selbstverständlich auf seine Erben über.

War der Getötete in der Zeit des Todesfalles einem Dritten gegenüber kraft Gesetzes unterhaltspflichtig oder konnte er in Zukunft unterhaltspflichtig werden und verliert der Dritte durch diesen Todesfall sein Recht auf Unterhalt, so hat er, gleichgültig ob er Erbe war oder nicht, dem Täter gegenüber das Recht, eine Geldrente während der mutmaßlichen Dauer des Lebens des Getöteten als Ersatz des ihm entstandenen Schadens zu verlangen. Nicht notwendig ist, daß, wenn dem Getöteten eine solche Verpflichtung oblag, er auch tatsächlich dieser Verpflichtung nachkam. Die gesetzliche Verpflichtung als solche ist erforderlich und genügt, um den Ersatzanspruch zu begründen. Schadensersatz ist insoweit zu leisten, als während der mutmaßlichen Dauer des Lebens des Getöteten er zu leisten verpflichtet wäre, denn der Schaden ist ja nur soweit entstanden.

Wie aus dem Text des Paragraphen zu entnehmen ist, braucht der Getötete in dem Zeitpunkt des Todes nicht unterhaltspflichtig gewesen zu sein. Um einen Anspruch des Unterhaltsberechtigten zu begründen, genügt es, wenn die Aussicht bestand, daß der Getötete in Zukunft unterhaltspflichtig sein würde. In diesem Fall, in dem für die künftige Möglichkeit Ersatz beansprucht wird, ist die Rente von dem Zeitpunkt an zuzusprechen, von dem an die Unterhaltspflicht hätte eintreten sollen. Stand der Getötete zur Zeit der Tötung unter der Unterhaltspflicht des Klägers, so ist von dem Ersatzanspruch die Summe abzurechnen, die der Kläger dem Getöteten gegenüber gewährt hätte.

Das uneheliche Kind ist durch die Tötung seines Vaters an sich nicht geschädigt, denn die Unterhaltspflicht seines Vaters geht nach § 1712 auf die Erben über. Soweit kann ihm kein Schadensersatzanspruch zustehen.[166]) Nach Abs. 2 des § 1712 sind aber die Erben dazu berechtigt, das uneheliche Kind mit dem Betrag abzufinden, der dem Kinde als Pflichtteil gebühren würde, wenn es ehelich wäre. Wenn die Erben von diesem Recht Gebrauch machen, so entsteht dem unehelichen Kind dann ein Schaden, wenn der Pflichtteil nicht groß genug ist, um für den Unterhalt zu genügen.[167])

---

165) So auch die herrschende Lehre, Planck Bem. 3; Staudinger III, A, 1, b.

166) Planck Bem. 4b; Soergel 6. Aufl. Anm. 7.

167) Planck Bem. 4b; RGE. in Seuff. Archiv 1931 S. 271 ff.

b3) Im Falle der Entbehrung von Diensten.

Es gehört noch zum Umfang der Schadensersatzpflicht des Schädigers das Ersetzen desjenigen Schadens des mittelbar Geschädigten, der diesem dadurch entstanden ist, daß eine ihm kraft Gesetzes zur Leistung von Diensten in seinem Hauswesen oder Gewerbe verpflichtete Person getötet, verletzt oder sonst in Gesundheit oder Freiheit geschädigt und dadurch an diesen Diensten gehindert wurde. Dieser Fall ist z. B. gegeben, wenn ein vom Gesetz angeführtes Vergehen gegen eine Ehefrau begangen wird, die nach Maßgabe von § 1356 verpflichtet ist, den Haushalt zu führen und die nach den Verhältnissen, in denen die Ehegatten leben, üblichen Dienste im Hauswesen zu leisten. Dasselbe gilt auch für das Kind, dem nach § 1617 die Verpflichtung oblag, im Hauswesen oder Geschäft der Eltern Dienste zu leisten.

Bei dem Ersatz ist die mutmaßliche Dauer des Verhältnisses, d. h. die Verpflichtung des Getöteten oder Verletzten zur Leistung von Diensten zu berücksichtigen. Außerdem ist im Falle der Tötung zu berücksichtigen, daß der mittelbar geschädigte Ersatzberechtigte von seiner Unterhaltspflicht befreit worden ist.[168])

III. Die Arten des Schadensersatzes.

1. Der Grundsatz der Naturalherstellung.

a) Seitens des Schuldners direkt.

Im § 249 BGB. wird der Grundsatz ausgesprochen, aus dem der oben erwähnte Begriff des Schadens zu entnehmen ist, daß grundsätzlich die Naturalherstellung die erwünschte Ausgleichsart sei, d. h. die Herstellung desjenigen Zustandes, der ohne Wirkung des schädigenden Ereignisses bestehen würde. Dadurch kann der zu leistende Ersatz einen größeren, aber auch einen geringeren Wert als der zur Zeit des Eintritts des schädigenden Ereignisses aufweisen. Ist z. B. ein Tier getötet worden, so ist beim Schadensersatz auch der Wert des Vermögens des Gläubigers zu berücksichtigen, den das Vermögen infolge der Benutzung des Tieres haben würde. Oder vernichtet z. B. A Wertpapiere des B und ist er deswegen schadensersatzpflichtig, so ist zu berücksichtigen, wenn der Kurs dieser Wertpapiere gestiegen ist und sie jetzt einen größeren Wert verkörpern. Ist dagegen der Schuldner der Wertpapiere in Konkurs geraten oder der Kurswert sonst gefallen, so ist dies auch zu berücksichtigen.

Die Naturalherstellung ist von demjenigen herbeizuführen, dem die Schadensersatzpflicht obliegt. Der Grundsatz der Naturalherstellung hat notwendigerweise manche Ausnahmen zur Folge, in

168) Planck 4. Aufl. Bem. 3 zu § 845.

denen die Naturalherstellung nicht möglich oder nur sehr schwer möglich ist. In solchen Fällen sind, um der falschen Meinung entgegenzutreten, daß ein Schadensersatz wegen nicht zu vertretender Unmöglichkeit der Leistung und darum (§ 275 BGB.) eingetretener Befreiung nicht in Frage käme, im BGB. die für eine Geldentschädigung zulässigen Fälle einzeln angegeben. Die Ausnahmen von dem Prinzip der Naturalherstellung sind indessen so erheblich, daß der Grundsatz als solcher verlorengeht und mit Recht behauptet wird,[169]) die Naturalherstellung bilde trotz der gesetzlichen Erklärung eine Ausnahme.

b) Indirekte Herstellung seitens des Schuldners durch Leistung der dazu erforderlichen Geldsumme.

Im gleichen Paragraphen, in dem der Grundsatz der Naturalherstellung erklärt wird, im § 249, werden schon im Satz 2 Fälle gegeben, in denen der Ersatzberechtigte statt Herstellung die dazu erforderliche Geldsumme verlangen kann, nämlich bei Körperverletzung und bei Beschädigung einer Sache. Dem Grundsatz entsprechend könnte der Geschädigte nur Herstellung verlangen und müßte sich damit begnügen, daß der Ersatzpflichtige den Schaden in natura ausgleicht. Aber in den genannten Fällen braucht der Gläubiger sich es nicht gefallen zu lassen und sich bzw. sein Gut nicht in die Hände des Schuldners zu geben. Es würde recht eigenartig sein, wenn der Verletzte sich auf die Behandlung des Täters, der zufällig ein Arzt ist und sich bereit erklärt, die Verletzung selbst zu behandeln, verlassen müßte und ebenso beim Beschädigen einer Sache die Reparatur durch den Schuldner, die sehr oft natürlich mangelhaft ausfallen würde, annehmen müßte. Deswegen ist es billig, dem Gläubiger das Recht zu gewähren, daß er die nötigen Schritte selbst unternimmt und die dafür erforderliche Geldsumme von dem Schuldner verlangen kann, wenn darüber berechtigte Zweifel bestehen, daß eine direkte Herstellung nicht vollkommen sein würde. Ein solcher Zweifel ist in den Fällen der Körper- oder Sachbeschädigungen stets anzunehmen und vom Gesetz auch vermutet.

Dieses Recht des Ersatzgläubigers ist an sich keine Ausnahme der Herstellung. Geld wird für die Herstellung geleistet. Die Höhe der zu leistenden Geldsumme bemißt sich nach der Summe, die zu einer ordentlichen Wiederherstellung benötigt wird. In der Regel würde diese Summe auch von dem Schuldner ausgegeben werden, wenn die Herstellung ohne Zwischenschaltung des Gläubigers erfolgen sollte. Auch in diesem Fall wird der Schaden durch Naturalherstellung ersetzt. Nur wird, anstatt gemäß Satz 1, der die Regel bildet, die Maßnahmen durch den Schuldner vorzu-

169) Staudinger 9. Aufl. Vorbem. II, 3; vgl. Hedemann, Schuldrecht des BGB. S. 100.

nehmen, in Ausnahmefällen, um das Interesse des Gläubigers zu wahren, ihm die Ermächtigung gegeben, den Schaden selbst wieder gut zu machen, und es werden ihm die nötigen Geldmittel dazu vom Schuldner zur Verfügung gestellt. Es wird also der Zustand hergestellt, wie er sich auf Grund der eignen Ausbesserung durch den Schuldner ergeben würde.[170])

Planck[171]) ist der Meinung, daß die Wahlbefugnis des Gläubigers einem Abfindungsanspruch entspreche. Staudinger[172]) verneint die facultas alternativa für den Gläubiger und nennt es einen elektiven Anspruch und seine Erklärung eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. Die Praxis[173]) faßt dies als eine facultas alternativa auf. Eine Wahlschuld ist deswegen zu verneinen, weil von vornherein nicht zwei Leistungen geschuldet sind, sondern der Schuldner ist nur die Herstellung schuldig, dem Gläubiger aber ist das Recht zuerkannt, an Stelle dieser Schuld die dazu erforderliche Geldsumme zu verlangen. Es ist eine Ersetzungsbefugnis des Gläubigers.[174]). Die Forderung zur Naturalherstellung bedarf keiner Erklärung. Die Erklärung des Gläubigers, daß er statt Herstellung die dazu erforderliche Geldsumme verlangen würde, bindet ihn, er kann aber, nachdem er Herstellung verlangt hat, jederzeit, bevor der Schuldner leistet, den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen, denn seine Befugnis ist nicht an eine Zeit gebunden und folglich steht ihm, solange die Naturalherstellung noch nicht geleistet ist, dies zu.

Nach Staudinger[175]) hat der Ersatzberechtigte das Recht des Rücktritts von seiner Erklärung unbeschränkt, also auch wenn er sich für die zur Herstellung erforderliche Geldsumme entschieden hat, solange seine Erklärung ausdrücklich oder stillschweigend nicht angenommen ist. Der Gläubiger kann erst die Herstellung vornehmen und dann die dazu erforderliche Geldsumme verlangen, wie auch, bevor er die Herstellung vorgenommen hat, erst das dazu erforderliche Geld verlangen.[176])

2. Ausnahmen des Grundsatzes.

a) Rechte des Gläubigers.

a1) Die Geldentschädigung als gesetzliches Mittel der vollen Entschädigung.

Die Naturalherstellung ist die gesetzliche Regelform des Schadensersatzes, Geld kommt als Entschädigungsmittel nur ganz aus-

170) Leonhard Bd. I S. 199.
171) Bem. 3b zu § 249.
172) 9. Aufl. Bem. 3d.
173) RGZ. Bd. 71 S. 214; RGR. Komm. Bem. 2 zu § 249.
174) Leonhard, Allg. Schuldrecht S. 199.
175) 9. Aufl. Bem. 3d.
176) RGE. in JW. 1909 S. 254 Nr. 7.

nahmsweise in Betracht,[177]) ist aber kein schlechterer, beeinträchtigter Ersatz, sondern beide Arten sind gleichwertig. Die Geldentschädigung ist also auch ein gesetzliches Mittel der vollen Entschädigung.

Betrachten wir zunächst einmal die Rechte des Gläubigers zur Forderung einer Geldentschädigung.

b1) Das Recht des Gläubigers, nach Fristsetzung Geldentschädigung zu fordern.

Um dem Gläubiger in Zweifelsfällen eine Gewißheit zu verschaffen, räumt § 250 ihm das Recht ein, auf Grund einer Fristsetzung auch in den Fällen, in denen er nur Naturalherstellung verlangen darf, Entschädigung in Geld zu fordern. Dieses Recht hat der Gläubiger auch bei Unmöglichkeit der Naturalherstellung.[178]) Für diese Unmöglichkeit ist der Gläubiger beweispflichtig, daher ist es für ihn sehr vorteilhaft, den in § 250 BGB. vorgezeichneten Weg zu gehen, da er sich damit den erwähnten Beweis erspart.[179]) Voraussetzung für dieses Recht des Gläubigers ist die Bestimmung einer angemessenen Frist. Die Literatur ist sich nun nicht einig, ob die Frist, die der Gläubiger zu bestimmen hat, nach den Kalenderzeiten wie Tage, Wochen, Monate begrenzt sein muß, oder ob der Gläubiger, die Worte des Gesetzes brauchend, sich damit begnügen kann, daß er dem Schuldner mitteilt, er verlange die Herstellung binnen einer angemessenen Frist. Die erste Meinung vertritt u. a. Cosack,[180]) die letzte, die auch die herrschende ist, u. a. Enneccerus[181]) und Staudinger[182]).

Entgegen der herrschenden Meinung hat nach dem Wortlaut des Gesetzes der Gläubiger meiner Ansicht nach die Frist nach Kalendermaßstäben wie Tage oder Wochen zu bestimmen. Das Gesetz sagt: „... daß der Gläubiger eine Frist bestimmen kann mit der Wirkung ...“ Die Frist soll also seitens des Gläubigers bestimmt werden. Von einer Fristbestimmung kann nur die Rede sein, wenn der Anfang und das Ende der Frist bestimmt worden sind. Die Fristbestimmung ist ein Akt, der dem Gläubiger Rechte gewährt. Sollte das Recht, diese Frist zu bestimmen, dem Schuldner überlassen bleiben, so könnten dadurch dem Schuldner ungerechte Ergebnisse entstehen. Es ist daran zu denken, daß der Gläubiger als angemessen eine günstigere Frist hätte bestimmen können oder vom Schuldner eine in einer als angemessen erachteten Zeit herbeigeführte Herstellung mit dem Einwand abgelehnt würde, daß die

177) Fischer „Der Schaden nach dem BGB.“ S. 200.
178) Vgl. § 251 BGB. und dazu unten S. 63 f.
179) Vgl. dazu Titze „Recht der Schuldverhältnisse“ 4. Aufl. S. 28.
180) § 91 Nr. 12.
181) § 238, 4, b.
182) § 250, 2, a.

Herstellung nicht in angemessener Zeit angefertigt wurde und er auch noch zum Geldersatz haftbar gemacht werden kann. Um dies zu vermeiden, hat die Fristsetzung seitens des Gläubigers durch Zeitbestimmung zu erfolgen.

Angemessen ist die Frist, wenn sie nach vorliegenden Umständen zu ordnungsmäßiger Bewirkung der Herstellung ausreichend ist.[183])

c1) Die Wirkung der Fristbestimmung.

Die Setzung einer angemessenen Frist hat ihre Wirkung in der Zukunft, und zwar wird im Falle des erfolglosen Ablaufs der Frist der Anspruch auf Schadensersatz, der bis dahin nur auf Herstellung gerichtet war, endgültig in einen Anspruch auf Geldentschädigung verwandelt. Nach erfolglosem Ablauf der Frist ist die Naturalherstelung ohne beiderseitige Einwilligung nicht möglich. Der Gläubiger kann sie nicht verlangen, der Schuldner kann auch den Gläubiger nicht dazu zwingen, daß er seine Entschädigung in natura annimmt.

d1) Die Wirkung der unangemessenen Frist.

Welche Wirkung einer vom Gläubiger festgesetzten unangemessenen Frist zuzuschreiben sei, ist ebenfalls bestritten. Manche[184]) sind der Meinung, daß einer solchen Fristbestimmung jegliche Wirkung zu versagen sei. Nach dieser Ansicht kann also der Schuldner nach wie vor nur Naturalherstellung leisten und der Gläubiger nur das verlangen. Eine Entschädigung in Geld bedarf der Einwilligung beider Parteien. Nach einer anderen Meinung,[185]) die wohl als die herrschende zu bezeichnen ist, ist anzunehmen, daß durch die Festsetzung einer unangemessenen Frist die objektive Frist, die im Streitfall durch richterliches Ermessen zu bestimmen ist, in Lauf gesetzt wird. Es wird also eine Frist festgesetzt, die vom Gläubiger nicht gewünscht und länger als die ursprünglich von ihm gewollte dauert.

Mir scheint sowohl die erste wie auch die zweite Meinung unrichtig. § 250 gewährt dem Gläubiger das Recht zur Ablehnung der Naturalherstellung nur unter der Voraussetzung, daß er eine angemessene Frist bestimmt. Wenn er die Frist nicht angemessen bestimmt hat, so steht ihm das Recht nicht zu. Der Schuldner kann nach wie vor Entschädigung in natura leisten und der Gläubiger ist verpflichtet, diese Leistung anzunehmen. Die Erklärung des Gläubigers bei der Feststezung einer unangemessenen

183) Staudinger § 250, 2, a.

184) U. a. Crome, § 151, I, 2.

185) Oertmann Bem. 3 zu § 250; Kipp b. Windscheid II, S. 88; Staudinger Bem. 5, b β; so auch die Praxis RGE. Bd. 62, S. 68.

Frist hat jedoch einen zweiten Sinn und zwar bedeutet dies, daß der Gläubiger seine Einwilligung zur Entschädigung in Geld nach Ablauf der Frist gibt. Deswegen kann der Schuldner nach Ablauf der unangemessenen Frist mit der Berufung auf diese Einwilligung die Entschädigung in Geld anbieten. Der Gläubiger muß diese Geldentschädigung annehmen. Eine gerechte Lösung des Problems scheint mir nur auf diese Weise möglich.

e1) Die Rechte des Gläubigers aus § 251, Abs. I.

Zwei andere Fälle erwähnt § 251, I, in denen dem Gläubiger das Recht zusteht, statt der gesetzlichen Regelform der Naturalherstellung Ersatz in Geld zu verlangen. Diese Fälle sind:

1. Die Unmöglichkeit der Herstellung. Ohne diese Vorschrift würde der Schuldner, da er nach § 249 nur zur Herstellung verpflichtet ist, bei einer nicht von ihm zu vertretenden Unmöglichkeit vor seiner Verpflichtung frei (§ 275, Abs. 1). Der Gläubiger müßte den Schaden allein tragen. Selbst bei der von dem Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit wäre die Lage zweifelhaft. Denn eine von dem Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit hat nach § 280 die Folge, daß der Schuldner dem Gläubiger die Schäden, die durch Nichterfülung entstanden sind, zu ersetzen hat. Wie soll aber der Schädiger Ersatz des unmöglichen Schadensersatzes leisten? Der Satz 2 des § 249 könnte dem Gläubiger auch nicht helfen, denn diese Bestimmung ist auch nur zur Erzielung der Naturalherstellung anwendbar. Wenn die Naturalherstellung unmöglich ist, kann von der dazu erforderlichen Geldsumme auch nicht die Rede sein. Der § 251 will dieses Ergebnis ausschließen, indem er statt der unmöglichen Herstellung ein Surrogat in Form einer Geldleistung gewährt und dadurch die gesamte Vermögenslage des Geschädigten ausbessert.

Die Unmöglichkeit kann natürlicher oder juristischer Natur sein.[186]) Natürliche Unmöglichkeit, die in der Natur der Sache liegt, ist z. B. bei der Schädigung nicht vertretbarer Sachen gegeben. Diese notwendige Ausnahme allein beeinträchtigt schon das Prinzip der Naturalherstellung ganz erheblich. Die erhebliche Zahl und Vielgestaltigeit der nicht vertretbaren Sachen, die Zahl der durch deren Beschädigung hervorgerufenen Schadensersatzverpflichtungen, bei denen der Grundsatz der Naturalherstellung keine Anwendung findet, bedingt die Beeinträchtigung der gesetzlichen Regel.

Unmöglich kann die Leistung ganz oder teilweise sein. Bei der nur teilweisen Unmöglichkeit ist die Herstellung nach dem Grad der Möglichkeit zu leisten. Es ist sowohl bei der gänzlichen wie auch

---

186) Staudinger, § 251, 2, a.

bei der teilweisen Unmöglichkeit gleichgültig, ob die Unmöglichkeit von vornherein bestand oder nachträglich eingetreten ist. Die Unmöglichkeit, die durch Verschulden des Ersatzpflichtigen eingetreten ist, hat auch dieselbe Folge. Nur wenn die Unmöglichkeit durch das Verschulden des Ersatzberechtigten eingetreten ist, kann der Ersatzpflichtige nicht über die Kosten hinaus haftbar gemacht werden, die nach den gewöhnlichen Umständen zur Herstellung für ihn notwendig waren.[187]) Also kann sich das Verschulden des Gläubigers nicht zum Nachteil des Schuldners auswirken. Allerdings ist u. a. Fischer[188]) der Meinung, daß bei der durch den Gläubiger verschuldeten Unmöglichkeit die Lage nach der Grundlage des § 254 zu entscheiden sei und unter Umständen die Ersatzpflicht ganz ausgeschlossen werden kann. Dieser Meinung kann nicht beigepflichtet werden, denn der Ausschluß der Ersatzpflicht wäre für den Berechtigten eine ungerechte Härte. Vor allem aber würde diese Befreiung für den Schädiger, der trotz des durch ihn schuldhaft herbeigeführten Schadens und trotz eines möglichen gesetzlichen Ersatzes von seiner Schuld der Ersatzpflicht frei wird, eine unbegründete und unbillige Bevorzugung bilden.

2. Wenn die Naturalherstellung für den Ersatz des entstandenen Schadens nicht genügt, so kann der Gläubiger eine Entschädigung in Form von Geldersatz verlangen. Dieser Fall umfaßt auch die nur teilweise Möglichkeit der Herstellung. Darüber hinaus kann es aber auch Fälle geben, bei denen eine völlige Wiederherstellung des Vermögens das Interesse des Gläubigers nicht genügend berücksichtigt. Der § 251, I gewährt dem Gläubiger auch in diesem Falle das Recht, Geldentschädigung zu verlangen. Das Recht steht dem Gläubiger aber nur zu, soweit die Herstellung nicht genügt, oder nicht möglich ist. Nach der Möglichkeit und soweit es ihm genügt, also um die Nachteile teilweise abzuwenden, hat der Gläubiger das Recht und der Schuldner dementsprechend die Pflicht zur Herstellung.[189]) Nur wenn die Herstellung ganz zwecklos ist, kann der Gläubiger Ersatz des gesamten Schadens in Geld verlangen.

b) Rechte des Schuldners.

a1) Entschädigung in Geld bei Unmöglichkeit der Naturalherstellung.

Wie dem Gläubiger das Recht zusteht, statt der an sich geschuldeten Naturalherstellung Geldersatz zu verlangen, so stehen auch dem Schuldner manche Rechte mit der Wirkung zu, daß er seinerseits die geschuldete Leistung ändern kann und der Gläubiger die geänderte Leistung annehmen muß. Nur ist es fraglich, ob der

187) Staudinger, Bem. 2a zu § 251.
188) S. 211 und Leonhard Bd. I S. 197.
189) Fischer „Der Schaden" S. 209.

Schuldner auch wie der Gläubiger, sich auf die Unmöglichkeit oder auf das Ungenügendsein der Naturalherstellung berufend, Geldersatz leisten kann. Staudinger[190]) stützt sich auf das Wort „soweit" in § 251 Abs. 1 und will dem Schuldner dieses Recht zuerkennen. Es wird allerdings in § 251, I, von zwei Fällen gesprochen, erstens von den Fällen, bei denen die Herstellung nicht möglich ist, zweitens von den Fällen, bei denen die Herstellung für die Entschädigung des Gläubigers nicht genügt. Das Wort „soweit" bezieht sich sowohl auf den ersten als auch auf den zweiten Fall. Wenn wir uns auf das Wort „soweit" stützen und für den Fall der Unmöglichkeit eine Befugnis des Schuldners in der von Staudinger zuerkannten Art annehmen, dann müssen wir ihm auch für den Fall, daß die Naturalherstellung zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügt, das gleiche Recht einräumen. Dann muß angenommen werden, daß in einem Fall, in dem z. B. die Naturalherstellung nicht zur Entschädigung des Gläubigers genügt, er aber trotzdem aus irgendeinem Grund die Naturalherstellung geleistet wissen will, der Schuldner mit der Begründung, daß die Herstellung nicht zur Entschädigung genüge oder keinen Wert für den Gläubiger habe, dagegen Geldentschädigung für ihn vorteilhafter sei, den Gläubiger zur Annahme der Geldentschädigung zwingen darf. Dieses Ergebnis scheint mir unannehmbar. Im Falle der Unmöglichkeit könnte für den Schuldner die Leistung der Geldentschädigung in Frage kommen, weil durch die Unmöglicheit der Herstellung das Schuldverhältnis nicht erlischt und für ihn das Warten auf das Verlangen des Gläubigers unangenehm sein kann.

Außerdem kann der Schuldner auch gegen die Forderung des Ersatzberechtigten, der in dem oben S. 59 f. geschilderten Sinne nach § 249, Satz 2 Naturalherstellung verlangt, einwenden, daß die Herstellung unmöglich sei und er darum nur Entschädigung in Geld zu leisten habe.

Allerdings kann dies nicht bedenkenlos anerkannt werden, denn die Unmöglichkeit, die durch den Schuldner verursacht ist, hat die gleiche Wirkung. Der Schuldner wird dadurch, daß er sich auf die durch sein Verschulden herbeigeführte Unmöglichkeit beruft, mit befreiender Wirkung Schadensersatz in Geld leisten können. Die Anerkennung des Rechts, sich auf eigenes Verschulden zu berufen, ist nicht ohne Gefahr, zumal der Geldersatz oft leichter als Naturalherstellung ist und der Schuldner sehr oft die Unmöglichkeit herbeiführen wird, um sich von der Pflicht der Naturalherstellung zu befreien und das Recht auf Leistung des Geldersatzes zu erlangen. Mit dem Vorwand, daß die Naturalherstellung nicht genug sei, kann m. E. der Schuldner von sich aus Geldersatz nicht anbieten.

190) Staudinger Bem. 4 zu § 251.

a2) Entschädigung in Geld, wenn die Herstellung nur mit unverhältnismäßig großen Aufwendungen möglich ist.

Dem Ersatzpflichtigen steht auch im Falle des § 251, Abs. 2 das Recht zu, an Stelle der geschuldeten Naturalherstellung Geldersatz zu leisten, in dem Fall also, in dem die Naturalherstellung nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist. Z. B. durch Verschulden Bugs ist bei einem Zusammenstoß zwischen einem Dampfer und dem Kahn Hecks der Kahn beschädigt und gesunken. Es stellt sich heraus, daß die Hebung und Ausbesserung des Kahns 100 000 RM kosten würde, während der Kahn in unbeschädigtem Zustande nur 70 000 RM wert ist.[191]) So kann Bug, wenn auch Heck Naturalherstellung verlangt, Entschädigung in Geld leisten; der Ersatzberechtigte hat diese Entschädigung anzunehmen. Als unverhältnismäßig hohe Aufwendungen sind diejenigen zu betrachten, welche in augenfälligem Mißverhältnis zur Höhe des verursachten Schadens stehen.

c) Maßstab der Schadensersatzbemessung bei Geldentschädigung.

Geldersatz ist der volle Ersatz des individuellen Interesses einschließlich des entgangenen Gewinns. Der erlittene Schaden muß durch Geldersatz soweit ausgeglichen werden, daß zwischen dem Zustand, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, und dem Zustand, der nach der Entschädigung entstehen wird, für den Geschädigten kein wirtschaftlicher Unterschied mehr liegt, d. h. ein unausgeglichener wirtschaftlicher Schaden nicht mehr besteht. Die gezahlte Geldsumme hat also das Vermögen des Geschädigten auf die Höhe zu bringen, die es ohne das schädigende Ereignis hätte.

Geldentschädigung darf nicht mit der Entschädigung durch Zahlung der Herstellungskosten nach § 249, Satz 2, verwechselt werden. Geldentschädigung ist ein Geldäquivalent für die Verminderung, welche das Vermögen des Geschädigten erlitten hat, während die Herstellungskosten von dem Anschaffungswert der Sache abhängen und mit dem Interesse des Klägers an der Sache, das höher oder niedriger als der Anschaffungswert sein kann, — je nachdem ob der Betreffende die beschädigte Sache zur Lebenshaltung, zur Ausübung seines Berufs oder zum Vergnügen gebrauchte, — in keinem Zusammenhang stehen. Diese Erwägungen gelten auch für den Anspruch auf Geldentschädigung nach § 250, der durch eine vom Gläubiger festgesetzte und erfolglos abgelaufene Frist erlangt wird.[192]) Es ist also auch in diesem Fall die Höhe der Geldent-

191) Cosack, I, S. 376.

192) von Tuhr, „Naturalherstellung u. Geldersatz" in: Jherings Jahrbücher Bd. 46, Not. 17.

schädigung nach obigem Gesichtspunkt festzustellen. Das ist kein Wertersatz, denn der Schaden braucht sich nicht auf den Wert zu beschränken. Bei unbrauchbaren und bei zum Verkauf bestimmten Sachen kann es der Fall sein, daß die Höhe des Schadens dem Wert der Sache entspricht, bei der Beschädigung der Sachen aber, die einen Gebrauchszweck haben,[193]) gehört zu dem Schaden auch die Tatsache, daß der Geschädigte den Gegenstand nicht gebrauchen kann oder könnte. Z. B. wenn ein Fahrrad beschädigt wird, das schon gebraucht ist, so gehört zu dem Schaden des Besitzers nicht nur der Wert des Rades in gebrauchtem Zustand, sondern auch der Wert, den das Fahrrad dadurch darstellt, daß es in den Diensten des Besitzers war, daß er es benutzte. Die zu ersetzende Geldsumme ist daher nach der Differenz zu ermessen, welche durch den schädigenden Zustand in der ganzen Vermögenslage des Eigentümers eintritt. Dieser Unterschied ist das Interesse des Gläubigers an der Sache und stellt meist einen höheren Wert als den Sachwert dar, beispielsweise höher als der Betrag, der zur Neuanschaffung nötig ist. [194]) Beim Beschädigen gebrauchter Sachen ist dieser Unterschied oft sehr hoch, denn z. B. ein bereits von einem anderen getragenes Kleidungsstück zu tragen, kann dem Geschädigten schlecht zugemutet werden. Es muß ein neues Stück angeschafft werden. Dies ergibt aber eine Bereicherung für den Ersatzberechtigten und geht über die Grenzen des Schadensersatzes hinaus. Deswegen muß ein Wert etwa zwischen dem Neuanschaffungswert und dem Verkaufswert des alten Stückes als Schadensersatz zugesprochen werden.[195]) Es kann unter Umständen, wenn z. B. das neue nicht zu beschaffen oder nicht sofort zu beschaffen ist, oder ein anderer Gegenstand dadurch nutzlos gemacht worden ist, der zu ersetzende Schaden auch eine größere Geldsumme als der Wert des neuen sein.

Es kann das Interesse manchmal auch hinter dem objektiven Wert zurückbleiben, z. B. wenn ein noch in gutem Zustand erhaltenes Haus zu einer Zeit beschädigt wird, in der der Eigentümer, um ein neues zu bauen, es sowieso abreißen lassen wollte.[196])

Das Affektionsinteresse, das Interesse des Geschädigten, das sich auf eine für den Verkehr wertlose Sache bezieht oder über den gewöhnlichen Wert der Sache weit hinausgeht dadurch, weil die betroffene Sache für ihn aus persönlichen Gründen einen besonderen Wert besitzt, wie Familienbilder, Liebesbriefe, Orden usw., wird beim Schadensersatz nicht berücksichtigt, da

---

193) Insbesondere Sachen, die der Wirtschaft des Geschädigten angehören, oder im Zusammenhang mit seinem sonstigen Vermögen stehen.

194) RGE. Bd. 101, S. 420.

195) Staudinger Bem. 3b zu § 251.

196) von Tuhr „Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts" S. 100.

in diesen Fällen das Vermögen gar nicht oder nur in ganz geringem Maße geschädigt wird und die verlangte, verhältnismäßig große Entschädigung nicht wegen dieses niedrigen Vermögensschadens verlangt wird.

3. Die Rente.

a) Das Wesen der Rente.

Alle die bisher genannten Geldleistungen, die nach § 249, S. 2, als Herstellungskosten wie auch nach den §§ 250 und 251 als Geldentschädigung zu leisten sind, haben grundsätzlich in Form einer Kapitalleistung zu erfolgen. Die Entschädigung kann aber auch in Form einer Geldrente erfolgen. Diese Form ist im Gesetz in den §§ 843—845 ausdrücklich angeordnet. Nach den dort gegebenen Umständen ist die Geldrente keine Ausnahme oder besonderer Fall der gesetzlichen Entschädigungsform, sondern eine Art Naturalherstellung. Die Schadensarten, die in den §§ 843—845 erörtert sind, sind solche, die sich fortdauernd erneuern. Die verminderte Erwerbsfähigkeit oder die vermehrten Bedürfnisse zeigen ihre schädlichen Folgen in ihrer Dauer, und die Idee der Naturalherstellung erfordert, daß in dem Augenblick, wo diese Verminderung bzw. Vermehrung sich zeigt, sie zu beseitigen ist. Mit anderen Worten: Wenn man sich das schädigende Ereignis wegdenkt, so würde die unverminderte Erwerbsfähigkeit auf die Dauer wirksam sein und sich nicht auf einmal auswirken, sondern ihre Wirkung im ganzen Leben hindurch als Mehrverdienst geltend machen. So muß auch die Naturalherstellung den während der mutmaßlichen Dauer der Erwerbsfähigkeit durch ihre Verminderung erlittenen Schaden in dem richtigen Moment, d. h. dem Moment ersetzen, in dem sie sonst wirksam geworden wäre. Eine Kapitalleistung ist dazu am wenigsten geeignet, die möglichst richtige Lösung ist vielmehr die Geldrente. Deswegen halte ich es nicht für zutreffend, wenn Staudinger[197]) hierin eine Ausnahme des Prinzips der §§ 249 ff. deswegen erblickt, weil dort der Schadensersatz höchstens als eine Kapitalleistung in Geld zu leisten ist. Es handelt sich nämlich hier nicht um einen Geldersatz im Sinne des gesetzlichen Ausdrucks der Geldentschädigung, sondern um eine Entschädigung in Form der Naturalherstellung für den durch die verlorene Erwerbsfähigkeit bzw. die vermehrten Bedürfnisse entstandenen Schaden nach § 249.

Der Behauptung Karl Köhlers,[198]) daß bei der Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit ein Schaden besonderer Natur zwischen dem

197) Staudinger 9. Aufl. Anm. 1 zu § 843; ebenso Planck 4. Aufl. Anm. 1 zu § 843.

198) „Umfang der Schadensersatzpflicht in Geld" S. 5.

Vermögens- und Nichtvermögensschaden vorliege, kann ich nicht zustimmen. Nach dem BGB. haben die Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit und die Vermehrung der Bedürfnisse dieselben Eigenschaften. Dies sind nicht an und für sich geschützte Rechtsgüter, sondern ihre natürliche Wirkung erstreckt sich regelmäßig auf die Vermögenssphäre des Geschädigten, und Schadensersatz wird nur wegen dieser schädigenden Wirkung geleistet.

b) Anrechnung der Pensionsgelder.

Die Rente hat die Aufgabe, die bei dem Einkommen des Geschädigten sich ergebende Verminderung zu beseitigen, bzw. das Einkommen insoweit zu erhöhen, daß diese Erhöhung den vermehrten Bedürfnissen entspricht. Wenn im Einkommen bzw. Vermögen des Geschädigten eine den vermehrten Bedürfnissen teilweise entsprechende Erhöhung durch das schädigende Ereignis schon zustande gekommen ist, dann ist der Schaden infolge der Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit bzw. Vermehrung der Bedürfnisse soweit geringer und das Unterhaltsbedürfnis des Unterhaltsberechtigten ebenfalls soweit geringer. Danach sind die gesetzlichen Pensionsgelder oder Waisen- und Witwengelder, die von Gesetzes wegen ohne eine vorher gegebene Gegenleistung gezahlt werden, von der Schadensersatzrente abzurechnen. Dagegen ist die Versicherungsrente, die wegen eines von dem Verletzten oder zu dessen Gunsten von einem Dritten geschlossenen Versicherungsvertrages gezahlt wird, nicht zu berücksichtigen.[199])

Gemäß Abs. 4 des § 843 hat ein Unterhaltsanspruch des Verletzten dem Dritten gegenüber keinen Einfluß auf den Schadensersatzanspruch. Obwohl es nach dem Wortlaut des Gesetzes so aussieht, als ob diese Bestimmung nur auf die Ansprüche auf Rente anzuwenden sei, nimmt die herrschende Lehre,[200]) allerdings unter der oben S. 47 ff. bestrittenen, ungerechten Einschränkung auf unerlaubte Handlungen, die Anwendung auch für die anderen Arten von Schadensersatzansprüchen, die sich durch Körper- oder Gesundheitsverletzungen ergeben, an. Es kann also ein bereits bestehender Unterhaltsanspruch die Schadensersatzpflicht weder beseitigen noch mindern.[201]) Würde diese Vorschrift fehlen, so würden die Folgen

---

199) Über die Gründe der durch die herrschende Lehre gemachten und stark umstrittenen Unterscheidung und deren Widerlegung siehe unten S. 93 ff.

200) Staudinger Anm. 5 zu § 843, Planck Anm. 6, Soergel Bem. 8, RGR. Komm. Bem. 8.

201) Für die Verhältnisse des gesetzlichen Unterhalts- und Schadensersatzanspruchs vgl. insb. Oertmann „Der Einfluß bestehender Unterhaltsansprüche auf Schadensersatzansprüche aus BGB." in der Festgabe für Otto v. Gierke 1911 S. 1 ff.

der Verletzungen, für die der Täter verantwortlich ist, von dem Unterhaltspflichtigen getragen werden.[202]) Hat der Unterhaltspflichtige oder ein Dritter dem Verletzten Unterhalt geleistet, so können dieselben nach den Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag oder der ungerechtfertigten Bereicherung von dem Ersatzpflichtigen Ersatz für ihre Aufwendungen verlangen.

Dagegen hat der entstandene Schadensersatzanspruch auf die Unterhaltspflicht eine Wirkung insofern, als der geleistete Ersatz die Bedürftigkeit, die nach § 1602 für die Unterhaltspflicht notwendig ist, gänzlich oder teilweise ausschließt.

Der § 843, III, erlaubt dem Ersatzberechtigten, statt Geldrente Abfindung in Kapital zu verlangen. Im Falle der Nichteinigung muß der Richter nach freiem Ermessen feststellen, ob die von dem Kläger als Grund bezeichnete Tatsache wichtig genug ist und wie hoch die Abfindungssumme sein soll. Auf Abfindung kann sowohl von Anfang an als auch nachträglich, nachdem eine zeitlang schon Rente gezahlt worden ist, geklagt werden. Als wichtiger Grund kann z. B. die Auswanderung einer der beiden Parteien ins Ausland gelten. Die Verwandlung der Rentenschuld in eine Kapitalabfindung ist in Wirklichkeit Verwandlung der Naturalherstellung in Geldentschädigung. Das Recht, diese Abfindung zu verlangen, steht nach dem BGB. nur dem Ersatzberechtigten zu. Wenn im § 843, III, dies nur dem Verletzten zuerkannt wird, so ist es selbstverständlich, daß bei Anwendung dieser Vorschrift in den Fällen der §§ 844—845 für den Ersatzberechtigten dasselbe gelten muß.

4. Ersatz des Nichtvermögensschadens.

a) Die Unmöglichkeit der Geldentschädigung.

Während für den Vermögensschaden nach BGB. Naturalherstellung und in den Fällen der §§ 250 und 251 Geldentschädigung gleichwertig in Frage kommt, ist Geldentschädigung für den Nichtvermögensschaden gemäß § 253 BGB. nur in ganz besonderen und vom Gesetz ausnahmsweise bestimmten zwei Fällen möglich, nämlich § 847 und § 1300. Außer diesen beiden Fällen kann eine Geldentschädigung oder eine Genugtuung in Geld nicht verlangt werden. Als Grund für die Unzulässigkeit der Geldentschädigung wird in den Protokollen[203]) angegeben, daß es den sittlichen Anschauungen des deutschen Volkes nicht entspreche, immaterielle Lebensgüter auf gleiche Linie mit den Vermögensgütern zu stellen und einen ideellen Schaden mit Geld abzuwiegen. Im Gesetz ist dieser Gedanke allerdings, wie ja die §§ 847 und 1300 BGB. zeigen, nicht ausnahmslos

202) Planck Anm. 6.
203) Bd. 1 S. 622 f.

durchgeführt. Dies beweist, daß die oben angeführten Bedenken des Gesetzgebers wohl doch nicht völlig zutreffen.[204])

Für die Vertragsverletzungen, die nicht einen der im § 847 beschriebenen Fälle mit sich bringen, kann auch niemals wegen Nicht-Vermögensschaden Ersatz in Geld verlangt werden, auch nicht, wenn die Voraussetzungen des § 251 vorliegen. Wenn aber durch Vertragsverletzung einer von den im § 847 angeführten Fällen entsteht, so muß entgegen der herrschenden Ansicht aus den oben S. 47 ff. dargelegten Gründen dieser Paragraph auch für die Vertragsverletzungen angewandt werden.

§ 847 spricht von Freiheitsentziehung, während § 823 von Freiheitsverletzung spricht. Dies veranlaßt Oertmann[205]) zur Annahme, daß die Verletzung der Freiheit, die zu keiner Entziehung derselben führt, dem Verletzten kein Recht darauf gewährt, Ersatz für den daraus entstandenen nichtökonomischen Schaden zu verlangen. Diese dem Wortlaut des Gesetzes vielleicht entsprechende Meinung Oertmanns ist deswegen zu verwerfen, weil es allgemein bekannt ist, daß das BGB. durch seine sehr engherzige Stellung gegenüber der Geldentschädigung bei nichtökonomischem Schaden der Gerechtigkeit wenig entspricht. Eine weitere Auslegung trägt der Gerechtigkeit Rechnung. Solange eine solche Auslegung möglich ist, ist ihr der Gerechtigkeit wegen zuzustimmen. Der herrschenden Lehre,[206]) die den Ausdruck Freiheitsentziehung so auslegt, daß jede Freiheitsverletzung darunter zu verstehen ist, ist also zu folgen. Das Reichsgericht[207]) versteht darunter „jede Aufhebung der Freiheit durch körperlichen oder geistigen Zwang, Anwendung von Gewalt oder den Willen beugende Drohung."

Nach § 1300 steht auch eine billige Geldentschädigung der Verlobten, die ihrem Bräutigam die Beiwohnung gestattet hat, zu, wenn der Verlobte ohne wichtigen Grund von dem Verlöbnis zurücktritt oder schuldhaft seine Verlobte zum Rücktritt veranlaßt. In beiden Fällen ist die Höhe der Geldentschädigung von dem Richter unter Würdigung des Billigkeitsgedankens nach § 287 ZPO. nach freiem Ermessen festzusetzen. Die durch die Prozeßführung erlittene Aufregung muß mit berücksichtigt und bei der Festsetzung der Entschädigungssumme berechnet werden.

Wenn auch der Anspruch, der in diesen Fällen (§§ 847 und 1300) gebilligt wird, Schadensersatz in Geld ist, so ist er doch von dem gewöhnlichen Schadensersatzanspruch seinem Wesen nach verschieden. Ein bestehender Schadensersatzanspruch gehört wie jeder

---

204) Besecke S. 31 ff.

205) Anm. 2a zu § 847.

206) Planck Bem. 2a zu § 847 in Verb. mit Bem. 2a zu § 845; Staudinger Bem. 3a zu § 847.

207) RGE. Bd. 97 S. 343.

Anspruch und jedes Recht zum Vermögen des Berechtigten und ist wie jeder andere Anspruch an einen Dritten übertragbar und vererblich. Der Anspruch in den beiden letztgenannten Fällen ist aber weder übertragbar noch geht er auf die Erben über. Er ist nur dann übertragbar und vererblich, wenn er durch einen Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist. Zu der Frage, warum ein sonst unübertragbarer und unvererblicher Anspruch, wenn er anerkannt oder rechtshängig geworden ist, übertragbar und vererblich wird, ist, soweit mir bekannt, nur von v. Tuhr[208]) Stellung genommen worden. Nach ihm liegt der Grund hierfür darin, daß die Entscheidung über die Geltendmachung nicht dem Gläubiger entzogen werden soll, daher sei der Anspruch abtretbar, sobald die Entscheidung durch vertragsmäßige Anerkennung oder Erhebung der Klage erfolgt ist. Gegen diese Argumentation kann eingewendet werden, daß bei der vertraglichen Anerkennung der Wille zur Geltendmachung nicht immer vorliegt, ja es nicht einmal notwendig ist, daß die Initiative zur Anerkennung von dem Gläubiger ausgeht. Ein vertraglich anerkanntes Recht braucht noch nicht geltend gemacht zu werden, dagegen kann eine Entscheidung zur Geltendmachung schon bei der Übertragung angenommen werden. Hier liegt aber mindestens eine Ausübung des Rechts vor. Für die Begründung der Übertragbarkeit können wir uns also zwar bezüglich der rechtshängig gewordenen Forderung der Meinung von Tuhrs anschließen; für die Übertragbarkeit des vertraglich anerkannten Anspruchs aber dürfte der Grund nur darin liegen, daß den Ursprung der Forderung derjenige, der diese Forderung übernimmt, zu kontrollieren nicht imstande ist und ihm auch eine solche kontrollierende Nachforschung mit Rücksicht auf das Verkehrsinteresse nicht zugemutet werden kann.

b) Die Zulässigkeit der Naturalherstellung.

Die Unzulässigkeit der Geldentschädigung bei Nichtvermögensschaden veranlaßt manche[209]) zur Behauptung, daß es für Nichtvermögensschaden überhaupt keinen Ersatzanspruch gebe. Diese Behauptung ist aber unrichtig.[210]) Der Anspruch auf Naturalherstellung ist in allen Fällen zulässig.[211])

Wie soll nun eine Herstellung bei Nichtvermögensschaden denkbar sein und geleistet werden? Wie soll z. B. die Naturalherstellung bei einer Ehrverletzung erfolgen?

---

208) Allgemeiner Teil des BGB. Bd. 1 S. 224.
209) u. a. Oertmann, vgl. auch Soergel Anm. 1 zu § 253.
210) Zutreffend Bindhardt S. 8.
211) Bindhardt S. 18; Besecke S. 31.

Als Entschädigungsform kann bei immateriellen Schäden Widerruf, Abbitte, Ehrenerklärung in Frage kommen. Die herrschende Lehre[212]) ist geneigt, die Ehrenerklärung und den Widerruf als Entschädigungsform anzunehmen. Dagegen wird ein Anspruch auf Abbitte von der Literatur abgelehnt, weil dies die Selbstdemütigung des Beleidigers bezwecke.[213]) Das Reichsgericht[214]) war früher auch gegenüber der Klage auf Widerruf ablehnend, weil der Widerruf auch eine als Strafe zu erachtende Demütigung enthalte; höchstens zur Verhütung weiterer zukünftiger Schädigungen könne das Widerrufsbegehren anerkannt werden. Einlenkend entschied sich später das Reichsgericht[215]) für den Widerruf und erkannte die Berechtigung einer Widerrufsklage bei dauernder Kreditgefährdung an. Das Reichsgericht sieht aber offenbar in der Klage auf Widerruf die Voraussetzung einer Klage auf Unterlassung des schädigenden Umstandes.[216])

Die Unterlassungsklage wird oft auch als eine Entschädigungsform erwähnt.[217]) Ich kann mich jedoch dieser Ansicht nicht anschließen, da die Klage auf Unterlassung wohl den zukünftigen Schaden vermeidet, aber den schon erlittenen nicht ausgleicht und beseitigt.[218]) Die Publikation des Urteils kann auch eine Art der Entschädigung sein. Besonders bei den Verletzungen durch die Presse kann der Beklagte verurteilt werden, daß der richterliche Beschluß so veröffentlicht wird, wie seinerzeit die die Ehrenverletzung herbeiführende Veröffentlichung, z. B. in derselben Zeitung, auf demselben Blatt und an derselben Stelle.

Nur bei der Unmöglichkeit der Herstellung hat der Geschädigte keinen Ausweg und keine Möglichkeit, eine Entschädigung zu erlangen. Deswegen bleibt ein sehr großer Teil des Nicht-Vermögensschaden tatsächlich unersetzt. Es ist also eine Naturalherstellung in allen Fällen des Nicht-Vermögensschadens so weit wie möglich zulässig.

IV. Das mitwirkende Verschulden des Geschädigten.

1. Begriff des Verschuldens im allgemeinen.

Das BGB. setzt für die Haftung auf Schadensersatz grundsätzlich das Verschulden voraus. Das Wort Verschulden wird im BGB.

212) Fischer S. 319; für Widerruf: Planck Bem. 3a zu § 249; Warneyer 1932 Bd. 1 S. 445; Staudinger Voruem. II, 1 zu §§ 249 ff., Bem. 7a zu § 824; Oertmann Bem. 2e zu § 249.

213) Vgl. Fischer S. 320.

214) RGE. Bd. 60 S. 12 ff.; insb. S. 16 f.

215) RGE. Bd. 88 S. 133.

216) RGE. Bd. 97 S. 343.

217) U. a. Bindhardt S. 24.

218) Rosenthal in Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht 1921 S. 741 ff.; Ebbecke S. 88.

selbst an verschiedenen Stellen gebraucht und ist von großer Bedeutung. Der Begriff selbst wird aber nicht bestimmt, weil er nicht in das Zivilrecht, sondern in die allgemeine Rechtslehre gehört.[219])

von Tuhr[220]) definiert das Verschulden als ein vom Gesetz mißbilligtes geistiges Verhalten des Täters, das als Oberbegriff Vorsatz und Fahrlässigkeit umfaßt. Das Verschulden erhebt sich über den objektiven Kausalzusammenhang und ist subjektiver Natur. Es kommt auf die Vorstellung oder Vorstellungsmöglichkeit des Erfolgs in der Seele des Täters an. Wenn er die Wirkung kennt und sich vorstellt, hat er vorsätzlich gehandelt, wenn er sie nicht kennt, aber bei genügender Aufmerksamkeit hätte kennen können, so handelt er fahrlässig.[221]) Die Vorstellung braucht nicht den ganzen Rahmen des Verursachens zu umfassen, sie kann sich auch auf die spezielle gesetzlich mißbilligte Verletzung des relativen Rechtes beziehen.[222])

Rümelin[223]) gelangt ebenfalls zu dem Resultat, daß das Verschulden sich als Vorsatz und Fahrlässigkeit zeige. Das Gemeinschaftliche dieser beiden Verschuldensarten ist die Abweichung vom Normalen. Darum kommt man seiner Ansicht nach dazu, das eigentlich konstituierende Element des vermögensrechtlichen Schuldbegriffs hierin zu sehen, und die dem Verschulden wesentliche Mißbilligung des Verhaltens sei lediglich auf den Vergleich mit einem normalen Verhalten zurückzuführen.[224])

Fahrlässigkeit ist nach der Begriffsbestimmung des Gesetzes (§ 276) die Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Fahrlässigkeit kann bewußt sein, wenn der fahrlässig Handelnde den Erfolg und die ihm zustehende Pflicht kannte; sie ist unbewußt, wenn der Täter den Erfolg und seine Pflicht nicht voraussah, aber hätte voraussehen können. Rümelin beschreibt die zum Schadensersatz verpflichtende Fahrlässigkeit als Abweichung von einem in den einzelnen Situationen verschiedenen, bestimmten Normalmaß.[225])

Vorsatz ist der auf den rechtswidrigen Erfolg gerichtete Wille. U. a. Kipp[226]) ist der Meinung, daß der Zweck der Handlung (oder Unterlassung) nicht auf den Erfolg gerichtet zu sein braucht, sondern es genügt der Wille zur Handlung in dem Bewußtsein, daß diese Handlung den Erfolg herbeiführen werde.[227])

---

219) Staudinger II, 1, 9. Aufl. S. 264.
220) „Allgemeiner Teil des BGB." II, 2, S. 481.
221) Crome „System des bürgerlichen Rechts" S. 481.
222) Crome S. 482.
223) „Das Verschulden in Straf- und Zivilrecht."
224) Rümelin S. 51, 52.
225) Rümelin S. 50.
226) Bei Windscheid I, 9. Aufl. S. 525.
227) Vgl. auch von Tuhr S. 482.

2. Das Verschulden im technischen Sinne.

Die Entstehungsgeschichte des Begriffs Verschulden spricht für die Auslegung, daß das Verschulden als mit Vorsatz und Fahrlässigkeit identisch zu betrachten sei.[229]) Im Gesetz findet man aber auch den Ausdruck Verschulden in anderem Sinne als dem oben genannten technischen. Dann spricht man von Verschulden im untechnischen Sinne, d. h. im sprachgebrauchlichen Sinne „Schuld sein an etwas". Damit wird lediglich ein bestimmtes Moment als ursprüngliches und zwar als die entscheidende Ursache einer unerwünschten Wirkung gemeint.[230]) Danach kann man für das Stammwort „Schuld" außer delictum zwei Erscheinungsformen im BGB. unterscheiden. Die erste Erscheinungsform erfaßt das Verschulden im technischen Sinne. Hier handelt es sich um eine Charakterisierung der Kausalität zwischen menschlicher Tat und ihren Folgen. Das ist das Verschulden im engeren Sinne. Die zweite Erscheinungsform umfaßt alle Fälle, in denen von schuldig oder von Schuld die Rede ist. Hierzu gehören auch die Fälle des Verschuldens im engeren Sinne und zwar insoweit sie außer der Charakterisierung der Kausalität eine, wenn auch nur schwache moralische Mißbilligung enthalten. Hierzu gehören aber auch die Fälle, bei denen nur ein schwacher Hinweis auf die Kausalität besteht und von Schuld oder schuldig die Rede ist.[231])

Das Verschulden im Rechtssinne ist eine Begleiterscheinung des rechtswidrigen Verhaltens und kann daher nur dann in Frage kommen, wenn für den Täter eine Rechtspflicht besteht. Die Rechtsordnung bezweckt eine Ordnung des menschlichen Lebens, und hierauf erstrecken sich ihre Befehle und Ansprüche. Deswegen ist eine ethische Mißbilligung zur Annahme eines Verschuldens im Rechtssinne noch ungenügend. Was sittlich unerlaubt ist, kann rechtlich noch erlaubt sein. Um ein rechtliches Verschulden anzunehmen, ist eine rechtliche Mißbilligung erforderlich. Es muß also unbedingt eine Rechtsordnung verletzt sein. Verletzung einer Rechtsordnung bedeutet ein Vergehen gegen einen anderen Mitmenschen; denn die Rechtsordnung regelt nur die Beziehungen der Menschen zueinander, nicht des Menschen gegen sich selbst. Danach schließt der Begriff des Verschuldens im Rechtssinne ein Eingreifen in fremde Rechtssphäre in sich. Ein Verschulden gegen sich selbst wird deswegen von den Schriftstellern entweder ganz abgelehnt,[232]) oder nur als eine Ausnahme angesehen.[233])

---

229) Weyl S. 294 ff.
230) Rümelin „Das Verschulden in Straf- und Zivilrecht" S. 5.
231) Weyl S. 332.
232) Leonhard Bd. I S. 426.
233) Staudinger Vorbem. B, I, 1 zu §§ 275 ff.

3. Das Verschulden gegen sich selbst.

a) Begriffliches.

Das Verschulden im § 254 BGB. ist ein besonders strittiger Fall. Manche Schriftsteller[234]) sehen hierin keine besondere Eigentümlichkeit des Verschuldens, sondern ein durchaus den allgemeinen Regeln entsprechendes Verschulden. Das Verschulden gegen sich selbst wurde zuerst von Zitelmann behandelt. Im Gesetz gäbe es Fälle, wo man zufolge seines eigenen Verschuldens für sich selbst einen Schaden oder sonstige Rechtsnachteile erleide. Da aber das Verschulden an sich einen Eingriff in fremde Rechtssphäre in sich schließt, wird diese Art von Verschulden, die ihre Nachteile auf den schuldig Handelnden erstreckt, aus dem Anwendungskreis des Verschuldens ausgeschlossen.[235]) Das Gesetz redet aber in diesen Fällen auch von Verschulden, ohne daß es eine Rechtspflicht zur Einhaltung des den Schaden vermeidenden Verhaltens aufstellt. Deswegen muß eine Erweiterung des Verschuldensbegriffs vorgenommen werden. Diese Erweiterung findet ihre Rechtfertigung darin, daß es die bei dem Wort Verschulden mit einbegriffene Mißbilligung durch das Recht auch für das Verhalten des Selbstschädigers gibt, vor allem deswegen, weil die Rechtsordnung es als Verletzung einer ethischen Pflicht betrachtet, wenn jemand sein, einem anderen gegenüber rechtlichen Schutz genießendes Gut selbst verletzt. Im Archiv für ziv. Praxis Bd. 90 S. 308 ff. schließt sich Rümelin teilweise, und statt von einer „ethischen Verpflichtung gegen sich selbst" von einer „Abweichung von einem bestimmten Normaltypus vom redlichen und verständlichen Manne" redend, dieser Ansicht an.

Diese Zitelmann'sche Theorie wurde u. a. von Crome[236]) und Gottschalk[237]) bestritten und eine neue Auffassung ausgearbeitet, wonach in den Fällen, in denen von dem Verschulden des Geschädigten die Rede ist, das Verschulden seinen rechtlichen Wert durch die Berührung anderer Interessen erlange. Ein Verschulden in eigenen Angelegenheiten, soweit es nicht die Rechtssphäre eines anderen berührt, ist rechtlich irrelevant. Ein eigenes Verschulden wird rechtlich deswegen mißbilligt, weil es Rechts- und Verkehrspflichten verletzt, welche eine Rücksichtnahme auf andere Personen, im Falle des § 254 des Schädigers, verlangen. Nach dieser Auffassung ist also

---

234) U. a. Kipp 8. Aufl. von Windscheids Pandektenrecht S. 452; Schollmeyer „Recht der Schuldverhältnisse Anm. 3 zu § 254.

235) Zitelmann „Allg. Teil" S. 166.

236) Crome „System des bürgerlichen Rechts" Bd. 1 S. 494, Anm. 2 und S. 497.

237) Gottschalk „Das mitwirkende Verschulden des Geschädigten" S. 69 ff.

eine Rechtspflicht anzunehmen, die den Geschädigten zur Rücksichtnahme dem Schädiger gegenüber verpflichtet; deswegen ist dem Geschädigten auferlegt, sich rücksichtsvoll zu verhalten, den Schädiger von der Gefahr zu benachrichtigen usw.

Oft wird das Wort Verschulden auch deswegen verworfen, weil ein Verschulden in eigenen Angelegenheiten kein Rechtsbegriff sei,[238]) und es wird so ausgelegt, als ob es sich um ein Verhalten handle, das in fremden Angelegenheiten ein Verschulden wäre.[239])

b) Kritik und eigene Auffassung zum Verschulden gegen sich selbst.

Ist man mit Gottschalk u. a. der Meinung, daß im § 254 die Rede von einem Verschulden im echten rechtlichen Sinne sei, dann muß man annehmen, daß das Verschulden in Frage kommt, nachdem es die fremde Rechtssphäre berührt hat. So nimmt Staudinger[240]) an, daß die Tat des Geschädigten, der sich selbst schädigt, weder eine moralisch verwerfliche noch rechtlich schuldhafte Tat sei, denn sie greift in keine andere Rechtssphäre ein. Die Tat des Geschädigten wird dann ein Verschulden, wenn sie die Rechtssphäre eines anderen berührt. Dies geschieht dadurch, daß der Geschädigte seinen Schaden von dem zum Schadensersatz Verpflichteten verlangt. Diese Auslegung des Verschuldens im § 254 ist als unglücklich zu bezeichnen. Denn 1. wenn ich mir einen Schaden zufüge und den Ersatz des Schadens dann von einem Dritten zu Unrecht verlange, so ist die Tatsache, die die fremde Rechtssphäre berührt, nicht die Tat, durch die ich mir einen Schaden zufüge, sondern die Tatsache, daß ich von einem Dritten, der den Schaden nicht verursacht hat, Ersatz verlange. Das kann nur als schuldhaft erklärt werden. 2. Ist der Schaden schon, bevor ich seinen Ersatz vom Dritten verlange, notwendigerweise verursacht, und nach dem unzweideutigen Wortlaut des Gesetzes muß das Verschulden des Geschädigten jedenfalls immer vor dem Zeitpunkt des Ersatzverlangens da sein. 3. Bei der Annahme von Staudingers Vorstellungsweise ist folgendes Ergebnis unvermeidlich: bei einem durch das mitwirkende Verschulden des Geschädigten herbeigeführten Schaden würde dem Geschädigten, solange er keinen Schadensersatz verlangt, das Recht auf den Ersatz des ganzen Schadens zustehen; denn er hat noch nicht geklagt, also ist seine Tat, da sie noch nicht die fremde Rechtssphäre berührt hat, kein Verschulden und deswegen konnten die Bestimmungen des § 254 nicht in Anwendung kommen. Sofort aber mit der Klageerhebung würden die Voraussetzungen des § 254 erfüllt und der

238) von Tuhr § 4, Anm. 2.
239) Kipp bei Windscheid I, 9. Aufl. S. 527.
240) 9. Aufl. Anm. 2 zu § 254 S. 158.

Geschädigte das ganze oder einen Teil des ihm zustehenden Rechtes verlieren. Diese eigenartige Erscheinung ist unannehmbar. Das Recht auf vollen Schadensersatz steht entweder dem Geschädigten zu oder nicht. Wenn es ihm zusteht, kann er es nicht deswegen verlieren, weil er es geltend gemacht hat. In Wirklichkeit kann er es nicht verlangen, weil das Recht auf vollen Schadensersatz ihm eben nicht zusteht.

Das Reichsgericht lehnt die Vorstellung einer Pflichtverletzung gegenüber dem Ersatzpflichtigen im § 254 auch ab. In einer Entscheidung[241]) heißt es, daß das mitwirkende Verschulden die Verletzung einer Rechtspflicht, die dem Geschädigten dem Schädiger gegenüber oblag, gar nicht voraussetze. „Es stellt sich vielmehr", so führt das Reichsgericht aus, „im Grunde als ein Verschulden in eigenen Angelegenheiten dar, das in der Außerachtlassung derjenigen Sorgfalt besteht, die nach der Auffassung des Verkehrs ein ordentlicher und verständiger Mann hätte verwenden müssen, um sich und das Seine tunlichst vor Schaden zu bewahren."

Eine andere Bedeutung geben insbesondere Leonhard[242]) und Kress[243]) sowie Schumann[244]) dem Verschulden im Sinne des § 254. Leonhard nimmt zunächst an, daß es sich hier um eine Aufgabe des Geschädigten dem Schädiger gegenüber handle. Er lehnt aber auch die Vorstellung einer Pflicht ab. Es handle sich hier, meint er, „um eine Vorbedingung für einen Rechtserwerb". Dieser Auffassung, daß es sich im § 254 um eine Vorbedingung zum Erwerb eines Schadensersatzanspruchs handeln soll, kann ich nicht zustimmen; denn dann könnte z. B. der Schädiger von dem Verletzten verlangen, daß dieser, bevor er den Schadensersatz leistet, den Nachweis erbringt, daß er, der Geschädigte, sich sorgfältig verhalten hat. Zudem kann ich auch nicht einsehen, warum der Geschädigte durch sein Verhalten das bestehende Recht auf Ersatz des eingetretenen Schadens verlieren soll. Hat A die Schaufensterscheibe meines Ladens zerbrochen und mir dadurch einen Schaden von RM 100,— zugefügt, so hat er diesen Schaden, unabhängig davon, ob ich die nötige Sorgfalt zum Aufbewahren des Schaufensterinhalts angewendet habe oder nicht, zu ersetzen. Ein anderes Beispiel: Hat X meinen Arm so beschädigt, daß ich 10 Tage erwerbsunfähig wäre, so verliere ich mein Recht, eine Entschädigung für diese 10 Tage zu verlangen, nicht dadurch, daß durch meine Unachtsamkeit die Erwerbsunfähigkeit länger gedauert hat, oder ich sogar meinen Arm verloren habe. Wie auch Zitelmann[245]) zutreffend ausführt: „Wenn ein Verschulden

241) JW. 1914 S. 827 Nr. 2.
242) Bd. I S. 184 ff.
243) S 341 ff.
244) S. 40 ff.
245) „Operationsweigerung" S. 220.

des Verletzten wirklich zu bejahen ist, sind die Interessen des Haftenden ja völlig gewahrt, denn nach § 254 ist dann eine Verpflichtung zum vollen Schadensersatz ex lege gar nicht vorhanden; das Verhalten des Verletzten kann also dem Haftenden niemals nachteilig sein".

Der Ansicht Leonhards und Kress' kann ich mich nur soweit anschließen, als sie im § 254 eine Aufgabe des Geschädigten dem Schädiger gegenüber erblicken. Wenn der Geschädigte sich so verhalten könnte, wie er wollte, so würde das für den Haftpflichtigen zu schädlichen Folgen führen. Der den Ersatz seines Schadens für gesichert haltende Geschädigte hätte kein Interesse daran, den Schaden abzuwenden oder zu mindern oder andere nötige Maßnahmen zur Verhütung zu unternehmen. Er würde vielmehr aus menschlich durchaus begreiflicher Rachsucht jede Sorgfalt unterlassen, damit der Schädiger eine möglichst hohe Entschädigung leisten müßte und dadurch selbst geschädigt würde. Daß der Gesetzgeber mit einem solchen Verhalten nicht einverstanden sein kann, liegt auf der Hand. Es ist wohl die Aufgabe der Rechtsordnung, die Belange des Einzelnen zu schützen, aber der Einzelne wird im nat.-soz. Staat nicht als Individuum im liberalistischen Sinne gesehen, sondern er ist ein Glied der Gemeinschaft und wird nur als solches geschützt. Als Glied der Gemeinschaft aber kann sein wohlverstandenes Interesse sich niemals gegen diese Gemeinschaft bzw. andere Glieder dieser Gemeinschaft richten, sondern seine Aufgabe ist es, die anderen, seine Mitmenschen vor Schaden zu bewahren. Ein Verstoß gegen diese Aufgabe hat selbstverständlich für den Geschädigten nachteilige Folgen. Diese Folgen liegen darin, daß seine Absicht nicht erfüllt wird und er keine größere Entschädigung als diejenige bei richtigem Verhalten erhält. Dadurch wird der Schädiger vor den eventuellen bösen Absichten des Geschädigten geschützt. Die Verletzung dieser Aufgabe ist aber kein Eingriff in fremde Rechtssphäre, wie es der Begriff des Verschuldens notwendigerweise verlangt.[246]) Es kann deswegen trotz des Wortes „Verschulden" vom Verschulden im rechtstechnischen Sinne nicht die Rede sein. Hier ist das Wort „Verschulden" mangels eines anderen Wortes im ganz untechnischen Sinne als „Schuld sein an etwas" gebraucht. Es wird damit angedeutet, daß die Entstehung des Schadens nicht ganz dem Schädiger zur Last fällt, sondern der Geschädigte auch daran beteiligt ist, „er war auch schuld daran". Darunter ist ein Verhalten des Geschädigten zu verstehen, das objektiv rechtswidrig erscheint, d. h. von einem ordentlich handelnden Menschen nicht zu erwarten wäre.

246) Siehe oben S. 75.

c) Die Zurechnungsfähigkeit des Geschädigten.

Ein weiterer Gegenstand von Meinungsverschiedenheiten ist, ob das mitwirkende Verschulden die Zurechnungsfähigkeit des Geschädigten voraussetzt. Diejenigen, die im mitwirkenden Verschulden ein echtes Verschulden sehen, vertreten die Ansicht, daß eine Zurechnungsfähigkeit des Geschädigten im Sinne der §§ 827 und 828 zur Anwendung des § 254 notwendig sei.[247]) Diejenigen, die in dem Verhalten im Sinne des § 254 nur eine Mitverursachung des Geschädigten erblicken, sehen von jeglicher Zurechnungsfähigkeit des Geschädigten ab.[248]) Dieser Meinung ist insoweit zuzustimmen, als, wenn das oben S. 79 dargelegte erforderliche Verhalten des Geschädigten in Form eines regelwidrigen Geschehens vorhanden ist, von der Zurechnungsfähigkeit abgesehen werden kann; denn wie Endemann[249]) zutreffend ausführt, muß dem Schädiger, wenn ein Geisteskranker sich der Gefahr ausgesetzt hat, oder wenn ein Verantwortungsunfähiger durch einen Unfall auf der Straße ausgleitet und überfahren wird, die Berufung darauf gestattet werden, daß der Geschädigte selbst den Schaden ganz oder z. T. verursacht hat.

d) Gefährdungshaftung des Geschädigten.

Ferner ist es streitig, ob der Geschädigte auch solche Umstände zu vertreten hat, die eine Gefährdungshaftung begründen würden, oder ob nur ein solches Verhalten in Betracht kommt, daß bei Eingriff in eine fremde Rechtssphäre als Verschulden bezeichnet werden müßte. Enneccerus[250]) und Dungs[251]) sind der Meinung — ihre Meinung ist heute wohl als herrschend anzusehen — daß die schuldlose Handlung des Geschädigten, wenn er für eine derartige, gegen einen Dritten gerichtete Handlung verantwortlich wäre, auch als mitwirkend zu seinen Lasten gerechnet werden muß. Diese Meinung wird auch vom Reichsgericht[252]) vertreten; es wurde folgender Fall behandelt: Ein Pferdewagenfahrer wurde dadurch verletzt, daß ein Hund des Beklagten bellend zwischen die Beine des Pferdes lief, wodurch das Pferd scheu wurde und der Wagen umkippte. Das Reichsgericht entscheidet die Frage der Mitwirkung positiv, also in dem Sinne, daß auch der Kläger das Scheuwerden seines Pferdes vertreten und bei der Entstehung des Schadens mitwirkend zu seinen Lasten rechnen muß. Diese Entscheidung ist m. E. mit der Fassung des Reichsgerichts bezüglich des Verschuldens in § 254 unvereinbar. Das Reichsgericht vertritt die Meinung, daß es sich hier um ein

247) U. a. Enneccerus § 12, 2, a; Gottschalk S. 80; von Leyden S. 70; Träger S. 334.

248) Rümelin S. 315; Endemann I, S. 756 f.

249) S. 757.

250) 11. Bearb. S. 56.

251) S. 556.

252) Bd. 67 S 120.

echtes Verschulden im Sinne des § 276 handle und es deswegen auch auf die Zurechnungsfähigkeit im Sinne der §§ 827—828 ankäme.[253]) Folgerichtig müßte diese Überlegung zu einer Ablehnung der Anwendung der Gefährdungshaftung des Geschädigten führen. M. E. ist im § 254 dem Wort Verschulden insoweit eine Bedeutung zuzumessen, als der Geschädigte durch sein Verhalten seine Aufgabe gegenüber der Gemeinschaft in dem oben S. 79 dargelegten Sinne verletzt. Wenn das Gesetz eine Gefährdungshaftung anerkennt und z. B. den Eigentümer eines Tieres für die Schäden, die durch sein Tier herbeigeführt worden sind, haften läßt, so nur deswegen, weil durch sein Tier (oder z. B. seinen Kraftwagen) die Gemeinschaft gefährdet wird, er also seine Aufgabe gegenüber dieser Gemeinschaft verletzt. Es gibt darum auch keinen triftigen Grund anzunehmen, daß für den § 254 dieselbe Verletzung von seiten des Geschädigten nicht vorliege. Es muß allerdings darauf geachtet werden, daß das Wort Verschulden nicht außer Acht gelassen wird, da sonst die bewußtlosen Bewegungen und Reflexe auch in Betracht kommen könnten, denn man wird z. B. die Bewegungen eines Ertrinkenden, der seinen Retter so umklammert, daß er dessen Leben selbst bedroht und er dadurch nicht gerettet werden kann, nicht als sein mitwirkendes Verschulden ansehen können.

Eine Verschuldungshaftung des eigentlichen Schädigers ist für die Anwendung des § 254 auch nicht erforderlich. Diese Bestimmung des Gesetzes kann bei jeder Art der Schadensersatzhaftung in Betracht kommen, auch bei Vertrags- oder Gefährdungshaftung.

4. Das Unterlassen des Gläubigers, den Schuldner auf den unverhältnismäßig hohen Schaden aufmerksam zu machen.

Während Absatz I des § 254 allgemein eine Bestimmung für den Fall aufstellt, daß das Tun oder Unterlassen des Geschädigten bei der Entstehung des Schadens irgendwie mitwirkt, sind im *Abs. 2* zwei Fälle des Verschuldens des Geschädigten besonders hervorgehoben. Zunächst: das mitwirkende Verschulden des Beschädigten kann darin bestehen, daß er den für den Schadensersatz in Anspruch Genommenen nicht auf die Möglichkeit eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam gemacht hat, die der Letztere weder kannte noch kennen mußte. Schollmeyer[254]), Titze[255]) und Köhler[256]) sind der Meinung, daß diese Bestimmung nur in den Fällen zur Anwendung komme, in denen schon vor dem Eintritt des schädigenden Ereignisses zwischen dem Schuldner und dem Gläu-

253) RGR. Komm. 8. Aufl. S. 428.
254) Kommentar Bd. II, Anm. 6a zu § 254.
255) „Recht der Schuldverhältnisse" S. 30.
256) S. 60.

biger bereits ein Schuldverhältnis bestanden hatte. Die herrschende Lehre[257]) dagegen verneint das Erfordernis eines bereits bestehenden Schuldverhältnisses für die Anzeigepflicht des Geschädigten mit Recht. Die Bestimmung ist demnach für alle Gebiete des Schadensersatzes, wie der § 254 überhaupt, anwendbar. Es ist aber natürlich nicht richtig, daraus die Folgerung zu ziehen (wie Staudinger es ausdrückt), daß derjenige, der im Walde überfallen wird, seinen Mörder darauf aufmerksam machen muß, daß im Falle der Tötung ungewöhnlich viele Unterhaltsberechtigte zurückbleiben.

Wann liegt ein unverhältnismäßig großer Schaden vor, damit eine Pflicht des Gläubigers, den Schuldner darauf aufmerksam zu machen, anzuerkennen ist und das Zuwiderhandeln ein Verschulden des Gläubigers bildet? Warneyer[258]) meint: dann, wenn der Schaden hinsichtlich der Höhe so sehr von dem gewöhnlichen abweiche, daß das Unterlassen des Hinweises auf die Gefahr dieses Schadens gegen Treu und Glauben verstoßen würde. Dies kann aber nicht vieles besagen; denn auf die Frage, wann wird das Unterlassen, auf einen Schaden aufmerksam zu machen, gegen Treu und Glauben verstoßen, wird zweifellos die Antwort lauten: „Wenn der Schaden ungewöhnlich hoch ist". Staudingers[259]) Formulierung „ungewöhnlich hoch ist ein Schaden, der durch diesen zum Schadensersatz verpflichtenden Umstand gewöhnlich nicht hervorgerufen wird", kann mit Hinzufügen des Wortes „in dieser Höhe" als richtig anerkannt werden. Es kann aber unter Umständen auch das Unterlassen des Aufmerksammachens auf einen geringeren oder nach dem den Schaden herbeiführenden Umstand nicht außergewöhnlich hohen Schaden ein Verschulden darstellen: z. B. wenn jemand ahnungslos mit einer explodierbaren Sache gefährlich spielt und der Geschädigte wissend schweigt. In diesem Fall trifft ihn ein Verschulden im Sinne des § 254, II. Die Entscheidung, ob eine Pflicht zum Aufmerksammachen den Geschädigten traf oder nicht, ist eine Tatfrage, die in jedem einzelnen Fall durch den Richter geprüft und nach den Umständen beurteilt werden muß. Das Nichtaufmerksammachen auf einen solchen ungewöhnlich hohen Schaden ist dann als Verschulden anzusehen, wenn der Schädiger bei erfolgtem Hinweis den Schaden abgewendet hätte.[260])

---

257) Planck 4. Aufl. Bem. 3, a; Otto v. Gierke S. 81; Warneyer IV zu § 254; Staudinger 2, d, α; Kipp bei Windscheid Bd. 2, S. 70; von Leyden S. 77.

258) Anm. 4 zu § 254; auch RGR. Komm. Bd. 1 S. 433.

259) Anm. 2, d, ββ.

260) Soergel IV, 2 zu § 254, 6. Aufl.

5. Unterlassen des Gläubigers, den Schaden abzuwenden oder zu mindern.

Ein Verschulden des Geschädigten ist auch dann gegeben, wenn er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Der Gedanke des Gesetzes besteht darin, daß jeder Mensch gewöhnlich den ihm drohenden Schaden abwendet oder den einmal eingetretenen auf ein Mindestmaß zu beschränken pflegt. Wer dagegen handelt, d. h. einen ihm drohenden Schaden nicht abwendet oder auf ein Mindestmaß beschränkt, hat sich nicht so benommen wie ein vernünftiger Mensch sich in seinen eigenen Angelegenheiten verhält, vor allem aber nicht so, wie die Erfüllung der oben S. 79 gekennzeichneten Aufgabe es erfordert. Ihn trifft also für die Folgen des Schaden stiftenden Ereignisses, die sich in seinem Vermögen zeigen, auch das für die Anwendung des § 254 genügende Verschulden. Dies setzt eine gewisse Fähigkeit zur Abwendung oder Minderung des Schadens voraus, denn etwas Unmögliches kann von dem Geschädigten nicht verlangt werden. Ob der Geschädigte diese Fähigkeit besaß oder nicht und ob ihm folglich wegen des Unterlassens der erforderlichen Maßnahmen ein Verschulden vorgeworfen werden kann oder nicht, ist nach den Verhältnissen zur Zeit des Schadenseintritts und nicht mit der nachräglichen Kaltblütigkeit zu beurteilen.[261])

Die Abwendung eines Schadens kann naturgemäß nur vor Eintritt desselben in Frage kommen, die Minderung des Schadens aber kann sowohl vor wie nach der Entstehung des Schadens je nach den Umständen vorgenommen werden. Es ist selbstverständlich, daß auch die Aufwendungen, die für die Minderung oder Abwendung des Schadens gemacht worden sind, sei es mit, sei es ohne Erfolg, zu dem Umfang des Schadens und damit auch zu dem des Schadensersatzes gehören, nur ist vorauszusetzen, daß sie nicht gerade, um den Schuldner zu ruinieren, mit großer Verschwendung gemacht worden sind, sondern die Grenze des Notwendigen und Erforderlichen nicht überschreiten. Der Geschädigte muß alles, was man von einem vernünftigen Menschen in einem solchen Fall, wenn er niemand hätte, der für den Schaden aufkommen müßte, an Opfer und Einsatz erwartet werden kann, tun. Seine Aufwendungen kann er aber dann von dem Schädiger verlangen. Es kann von ihm aber auch nicht verlangt werden, wie Endemann[262]) sagt, daß er „... alles an Vermögen, Arbeit, Leib und Leben usw. aufopfern soll, um nur die Haftung dessen, der in seine Rechtsgüter widerrechtlich eingreift, zu vermindern". Er muß aber alles für ihn Mögliche tun.

---

261) RGR. Komm. 8. Aufl. S. 427.
262) Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1 S. 750, Anm. 15.

Es ist Gegenstand einer lebhaften Diskussion, inwieweit dem Verletzten eine Operationspflicht, die ja zur Abwehr oder Minderung des Schadens gehört, auferlegt werden kann. Endemann[263]) verneint die Pflicht des Geschädigten, eine Operation zu dulden; weil niemand berechtigt sei, über seinen eignen lebenden Körper zivilrechtlich zu verfügen, könne auch an den Begriff der Unterlassung eines operativen Eingriffs keine juristische Berechtigung geknüpft werden. Ein anderes Mal[264]) verweist Endemann dagegen für die gleiche Frage auf die sittliche Erziehung des Volkes und auf den Selbsterhaltungstrieb. Die herrschende Lehre[265]) nimmt mit Recht eine Pflicht des Verletzten, sich einer Operation zur Abwendung oder Minderung des Schadens zu unterziehen dann an, wenn es ihm nach Treu und Glauben zugemutet werden kann. Dies trifft zu, wenn unter Berücksichtigung der mit der Operation verbundenen Schmerzen und Gefahren einerseits und den Folgen der Operation anderseits, die Operation als billig erachtet werden kann. Die Bemerkung Endemanns, daß kein gewissenhafter Arzt mit absoluter Bestimmtheit sagen könne, welcher Schaden im gegebenen Falle durch die Operation vermieden werden könne und der kleinste Eingriff auf unübersehbare Umstände stoßen könne,[266]) kann nicht zur Ablehnung der herrschenden Lehre führen. Denn ob und wann die Voraussetzungen zur Billigung einer Operationspflicht erfüllt sind, ist Sache der Medizin; der Richter kann darüber nicht urteilen und wird sich an das Gutachten des Arztes halten. Deswegen sind Endemanns Ausführungen unbegründet. Das Reichsgericht steht bezüglich der Anerkennung einer Operationspflicht auf dem Standpunkt der herrschenden Lehre.[267]) Es kommt also darauf an, ob die befragten Ärzte der Ansicht sind, daß durch die Operation mindestens mit hoher Wahrscheinlichkeit eine Heilung oder Besserung in dem Befinden des Verletzten zu erwarten ist.[268])

6. Die Abwägung der Verursachung.

Läßt sich der Schaden nicht als Folge des Verschuldens der einen oder anderen Partei nachweisen, so hat der Richter nach dem Wortlaut des Gesetzes abzuwägen, inwieweit der Schaden als Folge des Verschuldens des einen oder anderen Teils zu betrachten sei.

---

263) „Lehrbuch des bürgerlichen Rechts" Bd. 1, S. 751, insb. Anm. 14.
264) S. 758 Anm. 13.
265) Enneccerus § 236, Anm. 9; Staudinger 2, d, β zu § 254; Planck 3, b; vgl. auch Berner S. 46.
266) Anm. 13 S. 758.
267) RG. in JW. 1907 S. 740 Nr. 6; JW. 1912 S. 136 Nr. 8; RGZ. Bd. 83 S 15 ff; in Seufferts Archiv Bd. 46 Nr. 189 (das letzte Urteil wird von Endemann zu Unrecht angegriffen).
268) RGZ. Bd. 129, S. 399.

Es ist nun wiederum streitig, ob die Abwägung nur auf die Verursachung[269]) oder allein auf die Schwere des beiderseitigen Verschuldens[270]) zu beziehen ist, oder ob neben dem Hauptfaktor der Verursachung auch das Verschulden in Frage kommt. M. E. ist der letztgenannten Ansicht Recht zu geben. Wenn das BGB. grundsätzlich für den Umfang des Schadensersatzes den Verschuldungsgrad nicht berücksichtigt und auch den durch leichte Fahrlässigkeit entstandenen sehr großen Schaden voll ersetzen läßt, so gibt uns der Wortlaut des Gesetzes im § 254 doch Anlaß dazu, anzunehmen, daß es hier auch auf die Schwere des beiderseitigen Verschuldens ankommt. Das Gesetz spricht nämlich davon, daß der Schadensersatz von den Umständen und insbesondere davon abhänge, inwieweit der Schaden von dem einen oder dem anderen Teil verursacht ist. Es ist also das Schwergewicht auf die Verursachung zu legen. Man muß aber auch auf die anderen Umstände Rücksicht nehmen. Als anderer Umstand kommt selbstverständlich auch Verschulden in Betracht.[271]) Wie wir schon gesehen haben, kommt jedoch § 254 auch dann zur Anwendung, wenn der zum Schadensersatz Verpflichtete ohne Verschulden haftet. In einem solchen Fall kann das Verschulden des Geschädigten allein nicht dazu führen, die Haftung auszuschließen, denn das Verursachungsmoment ist auch und sogar in erster Linie zu berücksichtigen. Vielleicht hat, wie von Leyden[272]) bemerkt, dieser Gedanke die Redaktionskommission zur gegenwärtigen Fassung des § 254 veranlaßt. Von Leyden ist nun der Ansicht, daß dieser Gedanke keine genügende Begründung für diese Fassung wäre, denn es ließe die Schwere des Verschuldens sich in solchen Fällen doch abwägen. Die Schuld des Ersatzpflichtigen sei eben gleich null, die ganze Schuld fiele dem Geschädigten zur Last. Wenn dieser Gedanke an sich auch richtig ist, so rechtfertigt er doch z. B. nicht, die Haftung des Wagenhalters deswegen auszuschließen, weil dem Verletzten ein ganz leichtes Verschulden zuzuschreiben ist.

Es ist zunächst zu prüfen, inwieweit der Schaden von dem einen oder anderen verursacht worden ist. Für die Anwendung des § 254 ist die Wirkung beider Verschulden vorausgesetzt. Beide Taten müssen Bedingungen im Sinne des adäquaten Kausalzusammenhangs sein. Wenn das Gesetz hier trotzdem von „vorwiegender" Verursachung spricht, so sieht es von der Gleichwertigkeit der Bedingungen ab und nimmt an, daß der Erfolg von der einen Bedingung mehr, von der anderen weniger verursacht werden kann.[273]) Das bedeutet

269) Rümelin S. 313; Schollmeyer Anm. 5 zu § 254.
270) von Leyden S. 53; Träger S. 355; Jans S. 15.
271) Otto v. Gierke S. 80 Anm. 70.
272) S. 50.
273) Heck „Grundriß des Schuldrechts" S. 46.

aber nicht, wie Süßmann[274]) meint, daß sich das Gesetz hier an die Theorie Birkmeyers[275]), die Theorie der wirksamsten Bedingung, angelehnt hat. Planck[276]) ist der Meinung, daß hier eine größere oder geringere Adäquität zugrunde liege. „Wenn man von einer generalisierenden Betrachtung einige Erfolgsbedingungen als adäquat, andere als indäquat ansehen kann, so wird man auch von mehreren adäquaten Bedingungen der einen geringere, der anderen größere Adäquität im Verhältnis zum Erfolg beilegen und die letztere als die vorwiegend verursachende im Sinne des § 254 verstehen können". Nach Planck ist im konkreten Falle eine Ursache dann vorwiegend, wenn sie, für sich allein betrachtet, die Möglichkeit einer zur Beschädigung führenden Komplikation mit weiteren Ursachen generell näher legt, als eine der sonstigen Ursachen des konkreten Schadens.

Plancks Meinung kann nicht beigepflichtet werden. Hier kann die größere oder geringere Adäquität nicht zum Ziel führen. Die Theorie des adäquaten Kausalzusammenhangs kann in ihrer allgemeinen Betrachtungsweise für die Feststellung, ob ein Umstand als Ursache überhaupt in Betracht kommen kann, von Nutzen sein. Nachdem durch diese Theorie die Verschulden des Geschädigten und des Schädigers als Ursachen anerkannt werden, ist die Feststellung, welche von den beiden vorwiegend zur Verursachung gewirkt hat, eine Frage des konkreten Falles. Wenn nach allgemeinen Betrachtungen ein Umstand den Erfolg generell noch mehr begünstigt als ein anderer, so braucht es im konkreten Fall trotzdem nicht so zu sein. Nehmen wir Plancks Beispiel: Ein Radfahrer, der sich auf der linken Seite der Straße befindet, oder ein Betrunkener wird von einem Auto, das überaus schnell fuhr, überfahren. Planck meint, daß hier das Schnellfahren des Autos für den entstandenen Schaden generell mehr begünstigend sei, denn es gäbe viele Radfahrer, die links führen und viele betrunkene Leute, die nicht überfahren würden, während Überfahren durch Autos keine Seltenheit sei. Man kann aber genau so gut Planck antworten, daß es sehr viele schnell fahrende Autos gäbe, die keinen Radfahrer oder Betrunkenen überfahren, während die Unglücksfälle bei Betrunkenen oder der Straßenordnung zuwiderhandelnden Radfahrern keine Seltenheit seien. Es muß m. E. die Feststellung der vorwiegenden Verursachung als eine Tatfrage dem Ermessen des Richters überlassen bleiben. Wenn der Richter trotzdem zu keinem Resultat gelangen kann (obwohl ein Ergebnis eher zu erwarten ist, als wenn der Richter an eine Theorie gebunden ist) so ist das auch nicht gefährlich; denn das vorwiegend

---

274) S. 68.
275) Siehe oben S. 30 f.
276) Planck Anm. 4, a.

Verursachende ist ja nicht allein das Entscheidende,[277]) die anderen Umstände und insbesondere das Verschulden sind auch abzuwägen.

7. Die Wirkung der Ausübung einer sittlichen Pflicht bei Abwendung einer Gefahr.

Das Reichsgericht[278]) und ihm folgend die Literatur[279]) vertreten bis in die letzte Zeit hinein die Meinung, daß denjenigen, der in Erfüllung einer gesetzlichen, beruflichen oder sittlichen Pflicht zur Abwendung einer dringenden Gefahr handelt, die Gut oder Leben bedroht, kein Verschulden im Sinne des § 254 treffe. In den angeführten Urteilen behandelt das Reichsgericht den Fall, daß der Geschädigte in Ausübung einer sittlichen Pflicht handelte und zwar in dem einen Fall (JW. 1904) wollte der Geschädigte einen scheu gewordenen Ochsen im Dorf anhalten und im anderen Fall (JW. 1905) die Pferde des Beklagten, die auf der Landstraße frei umgingen. Darin sieht das Reichsgericht den Fall der Ausübung einer sittlichen Pflicht und dies soll das Verschulden des Beschädigten, der sich bewußt in Gefahr begibt, ausschließen. Wenn sich dies auch in manchen Einzelfällen m. E. als gerecht erweist, so ist es doch nicht ohne Gefahr, dies in Form eines generellen Rechtssatzes auszusprechen. Dies wäre demjenigen Schuldner gegenüber, der den Tatbestand der sittlichen Pflichtausübung nicht verursacht oder verschuldet hat, besonders ungerecht. Ich denke z. B. an folgenden Fall:

Der Autofahrer A sieht an einer unübersichtlichen Kurve an der Straßenseite den von B verletzten C und hält, um dem Verletzten zu Hilfe zu eilen, sofort mit seinem Wagen in dieser Kurve verkehrswidrig so, daß dadurch sein Wagen von einem anderen Autofahrer D angefahren wird. Das Ergebnis, zu dem wir hier vielleicht mit der Begründung des Reichsgerichts gelangen würden, ist die Verneinung der mitwirkenden Verschuldung von A, obschon er zweifellos schuldig war.

Die Gedanken des Reichsgerichts sind dann gerechtfertigt, wenn der Schuldner derjenige ist, der den Gläubiger zur Ausübung der sittlichen Pflicht veranlaßt hatte, für den Tatbestand also verantwortlich war. Dies trifft in den oben angeführten Entscheidungen des Reichsgerichts zu. Der Halter des Ochsen oder des Pferdes war für die drohende Gefahr verantwortlich und mußte für die Beseitigung einstehen. Der allgemeine Satz des Reichsgerichts ist aber

---

277) Planck erkennt auch, daß seine Theorie nicht in allen Fällen zur Entscheidung führen kann, und zieht schließlich auch den Faktor Verschulden zu Hilfe.

278) RGE. Bd. 130 S. 162; JW. 1904 S. 356, Nr. 6; JW. 1905 S. 170 Nr. 9.

279) U. a. Staudinger 2, c, zu § 254.

dann nicht gerecht, wenn die Schadensersatzpflicht einen anderen trifft als den, der für die (jetzt durch Hilfeleistung des Geschädigten beseitigte) Gefahr verantwortlich ist. Selbst dann aber, wenn Schaden und Gefahr von ein und derselben Person zu tragen sind, muß mindestens eine nach den Umständen zu erwartende Sorgfalt bei der Ausübung der sittlichen Pflicht verlangt werden können. Wer diese Sorgfalt unterläßt, handelt mindestens fahrlässig. Es kann sich derjenige, der das Pferd am Schwanz festhalten wollte und naturgemäß durch den Hufschlag verletzt wird, sicher nicht darauf berufen, daß er, um großen Schaden zu vermeiden, das Pferd festhalten wollte.

Die Ausübung einer sittlichen Pflicht bedeutet — und darauf beruht ja auch ihre moralische Anerkennung — ein Opfer zu bringen, sich in Gefahr zu begeben, um anderen behilflich sein zu können. Dann müssen aber auch alle Folgen dieser Hilfsbereitschaft und alle etwa aus dieser Tat entstandenen Schäden getragen werden. Sonst ist die Lage des Schuldners ungemein verschlechtert, denn es kann niemand mit Sicherheit beweisen, daß der scheu gewordene Ochse oder die sich auf der Landstraße befindenden Pferde einen Schaden verursacht haben würden.

8. Die Wirkung des Mitverschuldens auf den Schadensersatz.

Das Verschulden des Geschädigten hat zur Folge, daß das Prinzip, den vollen Schaden zu ersetzen, beseitigt wird. Der Schuldner haftet dann nur anteilsmäßig für den Schaden. Es kann je nach der Größe und Schwere des Anteils an der Verursachung drei Möglichkeiten geben:

1. Das Verschulden kann leicht, insbesondere sein Anteil an der Verursachung zum Erfolg so klein sein, daß es überhaupt nicht in Betracht gezogen werden kann. Dann haftet der ursprüngliche Schuldner nach wie vor für den ganzen verursachten Schaden.

2. Das Verschulden des Geschädigten kann zur Verursachung des Schadens beigetragen haben. In diesem Fall, wenn sich der Anteil des Verschuldens des Geschädigten feststellen läßt, hat er die Folgen dieses Anteils selbst zu tragen. Z. B. A verletzt B. B behandelt die Wunde nicht sorgfältig. Es entsteht ein Schaden in Höhe von Y. Durch ärztliches Gutachten wird festgestellt, daß bei richtiger Behandlung der Wunde nur ein Schaden in Höhe von X entstanden wäre. In diesem Fall hat A den Schaden X zu ersetzen. Den Unterschied von Y minus X hat B selbst zu tragen. Läßt sich dieser Anteil des Verschuldens des Geschädigten nicht feststellen, so hat der Richter unter Würdigung aller Umstände, wie oben dargelegt, den Anteil des Geschädigten zu bestimmen.

3. Das Verschulden des Geschädigten kann schwer und sein Anteil am Erfolg so groß sein, daß das Verschulden des als Schädiger Bezeichneten und dessen Anteil an dem Erfolg als unbedeutend

angesehen werden kann. Dann ist von dem Schadensersatz ganz abzusehen. Der Geschädigte hat den ganzen Schaden selbst zu tragen. Wenn aber der zum Schadensersatz Verpflichtete diese Verpflichtung kraft eines Vertrages (wie Versicherung) übernimmt, so ist es die Sache der Vertragsauslegung, inwieweit das Verschulden des Geschädigten die Haftung ausschließt.[280])

9: Der Geschädigte hat auch das Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen zu tragen.

Vom letzten Satz des § 254 kann man wohl sagen, daß er das umstrittenste Problem des sehr umstrittenen § 254 bildet. Dieser Satz ordnet die entsprechende Anwendung des § 278 an. Dadurch werden zweierlei Streitfragen hervorgerufen:

1. Ist dieser Satz auch für den Absatz 1 gültig? d. h. findet der § 278 auch in den Fällen des Absatz 1 Anwendung?

2. Hat der Geschädigte das Verschulden seines Erfüllungsgehilfen nur auf Grund vertraglicher Tatbestände zu vertreten oder gilt dies auch für die deliktischen Tatbestände?

Die erste Frage ist heute kaum noch umstritten. Die herrschende Lehre[281]) nimmt mit der Praxis[282]) übereinstimmend die Anwendbarkeit des letzten Satzes des § 254 Abs. 2 auch für den Abs. 1 an. Die Meinung, daß die Anwendung des § 278 nur für den Abs. 2 in Betracht käme, ist unter anderem in der ersten und zweiten Auflage von Plancks Kommentar und von Berner[283]) vertreten worden. Die heutige herrschende Meinung ist von Rospatt[284]) begründet worden. Ihm folgten Träger und Kahn[285]) sowie Przibilla[286]), die diese Auffassung als selbstverständlichen Willen des Gesetzgebers unter Hervorhebung des unmöglichen Resultats der Gegenmeinung herausgearbeitet haben.

Viel lebendiger ist der Streit um die zweite Fragestellung. Es ist aber wohl mit der herschenden Meinung[287]) anzunehmen, daß § 278 in allen Schadensersatzfällen, in denen

---

280) Kipp bei Windscheid Bd. II S. 71.

281) Träger S. 341; Staudinger Anm. 5 zu § 254; Enneccerus § 236, 2, Anm. 11

282) U. a. RGE. Bd. 62 S. 108; Seuffert Archiv Bd. 65 S. 306.

283) S. 48.

284) Recht 1902 S. 96 „Ein Beitrag zur Lehre vom konkurrierenden Verschulden".

285) Kahn, Archiv f. bürg. Recht Bd. 34, S. 362 f. „culpa compensatio und Gehilfenhaftung".

286) In: JW. 1909 S. 179.

287) Staudinger Bem. 2e, β zu § 254; Planck Bem. 5 zu § 254.

§ 254 in Frage kommen kann, also sowohl bei vertraglichen wie auch bei deliktischen Tatbeständen, zur Anwendung kommen soll.[288]) Das Reichsgericht vertritt in dieser Frage eine andere Meinung, indem es den § 278 nur für anwendbar erklärt, wenn zwischen dem Gläubiger und Schuldner schon vor Eintritt des schädigenden Ereignisses eine schuldrechtliche Verbindlichkeit[289]) oder etwas verbindlichkeitsähnliches[290]) vorliegt. In der Rechtsprechung sind aber von den Oberlandesgerichten auch dem Reichsgericht widersprechende Urteile gefallen.[291]) Schröder[292]) begründet die Ansicht der herrschenden Lehre mit der Verweisung des Gesetzes in § 254 auf § 278 nicht zur direkten, sondern nur entsprechenden Anwendung. Die Gegenmeinung beruft sich darauf, daß im § 278 von rechtsgeschäftlichen Verpflichtungen die Rede sei und deswegen die Anwendung im § 254 auch auf die Fälle der Erfüllung einer Verbindlichkeit eingeschränkt werden müsse. Schröder beweist mit der richtigen Auslegung des Wortes „entsprechend", daß es sich im § 254 nicht unbedingt um den gleichen Tatbestand handeln muß, wie im § 278, sondern daß zur Anwendung ein ähnlicher Tatbestand genüge. „Denn", führt Schröder[293]) weiter aus, „wenn das Gesetz entsprechende Anwendung gebietet, schreibt es Analogie, Ausdehnung der Regeln eines Tatbestandes auf andere Fälle wegen Gleichheit des Grundes vor. Aufgabe der Gesetzesanwendung ist es mithin, bei solcher Formulierung im Text festzustellen, worin die Gleichheit des Grundes zu finden ist, wenn anders sie nicht darauf verzichten will, dem Willen des Gesetzgebers Folge zu geben." Schröder versucht die Wesensähnlichkeit bei den Vorschriften herauszufinden und meint sie darin zu erblicken, daß nach § 254 dem ersatzverpflichteten Schuldner seinerseits gegen den Gläubiger eine Forderung zusteht, in dem Sinne, daß er ihm entgegenhalten könne, „enthalte dich deines Anspruchs, da dich ein Verschulden trifft". Dadurch glaubt er, den Weg zu der Analogie des § 278 geebnet zu haben.

Nach der hier vertretenen Ansicht bezüglich des Verschuldens des Geschädigten ist eine solche Kombination nicht notwendig, denn der Geschädigte hat Rücksicht auf den Schuldner zu nehmen und sich so zu verhalten, daß der Schadensersatzanspruch nicht größer wird. Die Verpflichtung zur Erfüllung dieser Aufgabe genügt, um eine Wesensähnlichkeit mit dem Tatbestand des § 278 anzunehmen.

Wer ist nun Hilfsperson im Sinne des § 254, dessen Folgen des Verschuldens bei Wahrnehmung des Interesses des Ge-

288) Dagegen Soergel S. 470.
289) RGE. Bd. 91 S. 138; Bd. 119 S. 155; Bd. 140, S. 7.
290) RGE. Bd. 75, S. 258.
291) Recht 1920 Nr. 1821.
292) In: Archiv f. ziv. Praxis Bd. 95 S. 298; vgl. auch v. Leyden S. 79.
293) S. 307.

schädigten der Geschädigte zu tragen hat? Im § 278 sind als dritte Personen, deren Verschulden der Geschädigte zu tragen hat, gesetzliche Vertreter und Personen, deren sich der Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, genannt worden. Der Begriff des gesetzlichen Vertreters bedarf keiner Erläuterung. Darunter fallen der Inhaber der elterlichen Gewalt, der Vormund usw. Personen, deren sich der Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient, kurz die Erfüllungsgehilfen sind solche Personen, die bei der Erfüllung mit Willen des Schuldners mitwirken oder deren Hilfeleistung auf dem Willen des Schuldners beruht. Der Wille des Geschäftsherrn kann auch stillschweigend geäußert werden. Wenn der Erfüllungsgehilfe seinerseits sich weiterer Gehilfen bedient, hat der Geschäftsherr, hier der Geschädigte, auch deren Verschulden zu vertreten, aber nur dann, wenn er ausdrücklich oder stillschweigend seinen Erfüllungsgehilfen ermächtigt hat, seinerseits weitere Gehilfen zu bestellen. Dies ist besonders dann anzunehmen, wenn der Geschädigte seinen Gehilfen zu einer Handlung beauftragt hat, bei welcher aus den Umständen zu entnehmen ist, daß der Beauftragte die Handlung nicht selbst oder nicht allein vornehmen werde.

Nach v. Leyden[294]) ist zur Begründung der Haftung des Geschäftsherrn die objektive Möglichkeit einer Kontrolle der Gehilfen seitens des Geschädigten erforderlich. Es muß im § 254 dem Geschädigten jedes Verschulden der im konkreten Fall in seinem Dienst befindlichen und daher für ihn handelnden Personen zugeschrieben werden können. Dungs[295]) bemerkt dies richtig: „Hiernach ist der Verletzte auch dann der Ausgleichung unterworfen, wenn der gesetzliche Vertreter oder die in Dienst gestellte Person gleich beim Entstehen des Schadens mitgewirkt hat". Wenn nun z. B. der Verletzte sich in ärztliche Behandlung begeben und der Arzt einen Kunstfehler gemacht hat, so wäre es gewiß ungerecht, wenn man diesen Kunstfehler zu Lasten des Schadensersatzschuldners schreiben und diesen so für Folgen haftbar machen wollte, die nicht durch seine Handlung herbeigeführt wurden. Daß der Verletzte für den Fehler des Arztes dann einstehen muß, wenn ihn bei der Auswahl des Arztes ein Verschulden trifft (§ 831), ist nicht zweifelhaft, z. B. wenn er einen Arzt aus seiner Bekannschaft holt, der sich schon lange von der Praxis zurückgezogen hat. Wenn ihn darin kein Verschulden trifft, so wird durch das Hinzukommen des Kunstfehlers des Arztes die Kausalverbindung zwischen dem Erfolg und der Handlung des Ersatzpflichtigen beeinträchtigt. Denn,[296]) wie vom Reichsgericht[297]) auch angenommen wird, ein adäquater Zusammen-

294) S. 81.
295) „Drei Fragen über die Haftung aus unerlaubten Handlungen" in: Gruchot Bd. 54, S. 547.
296) Siehe oben S. 34 ff.
297) Warneyers Jahrbuch 1935, S. 23 Nr. 3.

hang ist dann anzunehmen, „wenn die Handlung oder Unterlassung nicht nur unter besonderen eigenartigen ganz unwahrscheinlich und nach dem regelmäßigen Lauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen zur Herbeiführung des eingetretenen Erfolgs geeignet gewesen ist." Der Kunstfehler des Arztes ist für die Kausalverbindung ganz zufällig, denn es liegt auf der Hand, daß in der Regel die Ärzte nicht solche Kunstfehler machen. Daß die Verletzung nur durch diesen Fehler den Erfolg herbeigeführt hat, wird ja angenommen. Die Kausalverbindung ist in diesem Fall zwischen dem schädigenden Ereignis und der Verletzung insoweit als gegeben zu erachten, als diese Folgen ohne den ärztlichen Kunstfehler auch wohl vorhanden wären. Die Differenz zwischen diesem und dem wirklich eingetretenen Schaden ist dem Kunstfehler des Arztes als dem Verschulden des Arztes zuzuschreiben. Der Geschädigte kann für diesen Schaden nicht den Schadensersatzschuldner haftbar machen, sondern muß sich insoweit an den Arzt halten.[298])

V. Vorteilsausgleichung beim Schadensersatz.

I. Allgemeines.

Das BGB. versteht unter Schaden[299]) den Unterschied zwischen zwei Zuständen und zwar zwischen dem Zustand, der bestehen würde, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre, und dem Zustand, der infolge dieses Ereignisses besteht. Aufgabe des Schadensersatzes ist es, nach Möglichkeit diesen Unterschied auszugleichen[300]). Um diese Aufgabe zu erfüllen, muß der Schadensersatz so bemessen sein, daß er zur Deckung des Schadens, der in dem oben erwähnten Unterschied liegt, ausreicht, nicht aber darüber hinaus zu einer Bereicherung des Geschädigten dadurch führt, daß diesem mehr gewährt wird, als sein Schade ausmacht. Dieses Prinzip ist besonders dann von Wichtigkeit, wenn neben dem Schaden auch ein Vorteil für den Geschädigten aus dem zum Schadensersatz verpflichtenden Umstand entspringt. Damit erhebt sich das Problem der Vorteilsausgleichung. Die Grundsätze der Vorteilsausgleichung sind im BGB. absichtlich nicht geregelt. Es heißt in „Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich":[301]) „Die Entscheidung der Frage, ob und inwiefern bei Schadensersatzansprüchen der Vorteil, welcher dem Beschädigten durch den schadenbringenden Umstand zugefallen ist, von der Ersatzsumme in Anrechnung zu bringen sei (compensatio lucri et damni), muß der Rechtswissenschaft und Praxis überlassen werden ... Allein der Ver-

298) R. Schmidt S. 29.
299) Siehe oben S. 26.
300) Siehe oben S. 27.
301) Bd. 2 S. 18 ff.

such, eine Entscheidung der Frage durch einen Ausspruch im Gesetz wäre insbesondere für Deliktsfälle bedenklich. Ihre Lösung hängt im wesentlichen mit der Feststellung des Schadensbegriffs zusammen, welcher ohnedies nicht für alle Fälle nach allen möglichen auch sonst zweifelhaften Seiten hin durch das Gesetz erfolgen kann ..." Nach der herrschenden Lehre[302]) und reichsgerichtlichen Praxis[303]) muß die Vorteilsausgleichung stattfinden, wenn durch dasselbe Ereignis Nachteile und Vorteile entstehen. Hierbei weist das Reichsgericht darauf hin, daß der Begriff „ein und dasselbe Ereignis" als Voraussetzung der Vorteilsausgleichung nicht zu eng gefaßt und dadurch Zusammengehörendes nicht zerrissen werden dürfe. In einer späteren Entscheidung[304])heißt es: „Der erkennende Senat hat stets angenommen, daß der Schaden und der Vorteil nicht selbständig aus demselben Ereignis hervorzugehen brauchen; vielmehr genügt es, wenn beide in demselben Tatsachenkomplex ihre Wurzel haben. Wenn also derjenige Tatbestand, der den Schaden verursacht hat, nach dem regelmäßigen Verlauf der Dinge auch zu einem Vorteil für den Geschädigten führt ..." Immerhin sieht die herrschende Lehre die notwendige Begrenzung der anzurechnenden Vorteile im Gesichtspunkt des adäquaten Kausalzusammenhangs.[305]) Danach sind alle Vorteile, auch diejenigen, die mittelbar aus dem schädigenden Ereignis entspringen, zu berücksichtigen und anzurechnen. In diesem Zusammenhang kommt selbstverständlich in erster Linie die Möglichkeit der Anrechnung der erhaltenen Pensions- und Versicherungsgelder in Betracht. Wie oben im Falle der Rentenzahlung[306]) gelegentlich dargelegt wurde, ist das Reichsgericht[307]) mit der herrschenden Lehre[308]) der Meinung, daß die gesetzlichen Pensionsgelder auf den Schaden anzurechnen seien, denn „insoweit dem Geschädigten Ansprüche auf Grund gesetzlicher Vorschriften, insbesondere nach denen der Reichsversicherungsordnung oder der Beamten-Ruhegehaltsgesetzgebung zustehen, hat er durch den Unfall überhaupt keinen Schaden erlitten und folgeweise erwächst ihm kein Schadensersatzanspruch gegen den Schädiger. Anders sind dagegen die Fälle zu beurteilen, in denen die Ansprüche des Geschädigten auf vertraglicher Grundlage erwachsen sind, für dessen Entstehung der Unfall nur die Bedingung setzt. Hier ist es nicht der Unfall allein und mithin dasselbe oder ein mit ihm in adäquatem

302) Enneccerus § 237, II, 1; Planck Bem. 3 zu § 249; Staudinger, Vorbem. 3 zu §§ 249—255; Crome Bd. II, S. 77.

303) RGE. Bd. 65 S. 57 ff., insb. S. 60; Bd. 84 S. 386 ff.

304) Bd. 103 S. 406 inbs. 408.

305) Wilburg „Zur Lehre von der Vorteilsausgleichung" in Jherings Jahrbüchern Bd. 82 S. 52.

306) Siehe oben S. 69 f.

307) Bd. 17 S. 45; Bd. 92 S. 402.

308) Planck Anm. 3 c zu § 843; Soergel Anm. 4.

Kausalzusammenhang stehendes Ereignis, das die Leistung des Dritten entstehen läßt, sondern das von dem Unfall unabhängige Vertragsverhältnis verpflichtet den Dritten zur Leistung, nachdem die vertragliche Bedingung, der Schaden, eingetreten ist." Wie es Wilburg[309]) formuliert, „entlastet weder eine dem Geschädigten geschuldete noch ihm gezahlte Versicherungssumme denjenigen, der für die widerrechtliche Schadenszufügung verantwortlich ist."

Dieser Standpunkt des Reichsgerichts ist von vielen Seiten mit Recht angegriffen worden. Man sagt, daß ein adäquater Kausalzusammenhang nicht weniger gegeben sei zwischen dem Unfall und den Versicherungsansprüchen, wie zwischen dem Unfall und der Entstehung der Pensionsansprüche.[310]) Baur[311]) kritisiert auch die Meinung des Reichsgerichts, indem er sie als Begriffsjurisprudenz bezeichnet und dem Reichsgericht die Überschätzung des Geldes gegenüber den ein Leben lang in Treue dargebrachten Diensten vorwirft. Zur Erklärung der Nichtanrechnung der Versicherungssumme ist die Meinung vertreten worden, daß das, was der Geschädigte bezahlt bekommt, sein durch die Prämienzahlung erworbenes Recht sei. Nach dieser Meinung muß folgerichtig die Anrechnung dann unmöglich sein, wenn die Versicherungssumme auch ohne den Unfall zur Auszahlung gelangen würde. Wenn die Versicherungssumme jedoch erst in einem späteren Zeitpunkt zu zahlen wäre, dann müßte die Anrechnung für die ersparten Prämien erfolgen. Der von Wilburg[312]) zu diesem Gedanken gemachte Einwand, daß er die Tatbestände, bei denen die Prämienzahlung schenkungsweise von einem Dritten erfolgt oder das Versicherungsverhältnis für den Geschädigten unentgeltlich war, nicht erkläre, ist unrichtig, denn in solchen Fällen handelt es sich um einen Vertrag zu Gunsten Dritter. Enneccerus[313]) begründet die Nichtanrechnung der Versicherungssumme mit dem Gedanken, daß die Versicherungssumme durch die Gegenleistung erkauft sei. Leonhard[314]) verwirft die Anrechnung der Versicherungssumme in allen Versicherungsarten mit dem Satz: „Vielmehr ist die Anrechnung gleichmäßig in allen Fällen zu verwerfen und zwar nach dem Sinne der Versicherung, die lediglich dem Versicherten zugute kommen soll." Alle diese Meinungen geben aber keinen Anhalt zur Begründung der Anrech-

309) S. 55.
310) von Tuhr „Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts" S. 87; Wilburg S. 74 ff.; Koch S. 427.
311) S. 60.
312) S. 75.
313) 11. Bearb. S. 60.
314) Bd. I, S. 210.

nung der gesetzlichen Pensions- und Waisengelder[315]). Koch[316]) will, nachdem er die Begründung des Reichsgerichts durch adäquaten Kausalzusammenhang ablehnt, dies mit der Behauptung begründen, daß es bei den Pensionsgeldern wirtschaftlich betrachtet keinen Ersparnischarakter gebe, sondern sie sich als Unterhaltsleistung des Staates darstellen. Diese Begründung verwirft Wilburg[317]) mit Recht, indem er unter Hinweis auf den § 843 BGB. die Gleichgültigkeit des Unterhaltsanspruchs für die Ersatzpflicht als Beweismittel anführt. Koch[318]) will nur für die Fälle, bei denen die Beamten in Form von besonderen Gehaltsabzügen Beiträge zum Pensionsfonds leisten müssen,[319]) die Anrechnung des als Pension bezogenen Betrages in Höhe der geleisteten Beiträge verneinen.

Das Reichsgericht vertritt bezüglich der Versicherungsansprüche einschließlich solcher, die aus einer Unfallversicherung, die ein Arbeitgeber für seine Angestellten bei einer Versicherungsanstalt abschließt, entstehen, immer den gleichen Standpunkt. In einer Entscheidung[320]) heißt es: „Hier ist völlige Analogie mit der Beamtenpension gegeben. Hier gehört diese Fürsorge des Dienstherrn für seine Angestellten, auf deren eventuelle Wirksamkeit diese fest zu rechnen berechtigt sind, zu der Gegenleistung für ihre Dienste, und daher verringert sich der Belauf des durch den Unfall entstandenen Schadens um die fraglichen Renten oder Pensionen." Wilburg[321]) macht darauf aufmerksam, daß gerade die Idee, daß die Versicherung eine entgeltliche Leistung ist, bei vielen Schriftstellern als ein Grund zum Ausschließen der Anrechnung gilt. Wilburg selbst ist der Meinung, daß sowohl die Versicherungs- als auch die Pensions- und Waisengelder die Tatsache des Schadens durch das Verschulden des Schädigers nicht aufheben. Es läge nicht eine Entschädigung im Sinne des privatrechtlichen Schadensersatzrechts, sondern nur eine Überwälzung des Schadens von seiten des Beschädigten auf die Versicherer oder Rentengeldzahler vor. Deswegen sei es folgerichtig, daß weder die eine noch die andere Art der Schadensdeckung auf die Ersatzpflicht des Schuldners angerechnet werden kann. Die Begründung mit der Überwälzung des Schadens ist zwar ein guter Gedanke, aber es scheint mir, daß er deswegen nicht genügt, weil gerade bei den öffentlichen Pensions- und Waisengeldern der Staat, der nach diesem Gedanken den Schaden trägt, keinen Anspruch auf Schadens-

315) Leonhard Bd. I, S. 209; Heck S. 15; Wilburg S. 78.

316) „Über die Konkurrenz der Schadensersatz- und Versicherungsansprüche" in Gruchot Bd. 68, S. 427.

317) S. 78.

318) S. 427.

319) So war die Sachlage in der Türkei vor 1927 nach dem Gesetz betreffend die Beamtenpension von 1909.

320) RGE. Bd. 70 S. 102.

321) S. 79.

ersatz erwirbt.[322]) Die Nichtanrechnung der Pensionsgelder heißt, daß der Schädiger dem Beschädigten, nicht dem Staat zahlen muß. Dieser Gedanke führt zur Annahme der Bereicherung des Schadensersatzberechtigten. Eine solche Bereicherung liegt aber in Wahrheit nicht vor.

Der Gedanke bei den Pensions-, Witwen- und Waisengeldern ist, wie auch Baur richtig sieht, kein anderer als der der Versicherung. Pensionsberechtigung tritt bekanntlich entweder, wie oben in Anm. 319 von den alten türkischen Verhältnissen gesagt wurde, bei Beamten durch die Leistung von Beiträgen an den Pensionsfonds oder ohne eine solche offiziell in Erscheinung tretende Gehaltskürzung ein. Mindestens bei den privaten, d. h. bei den nichtöffentlichen Stellen ist in beiden Fällen der richtige Träger der Last nicht bestimmbar, denn sie kann je nach den Umständen überwälzt werden. In beiden Fällen aber, sei es, daß die Last von dem Pensionsberechtigten, sei es, daß sie von dem Pensionsschuldner getragen wird, ist der Charakter der gleiche. Der Pensionsschuldner verpflichtet sich, nach Ablauf einer bestimmten Dienstzeit oder bei einer früheren Verletzung dem Berechtigten bzw. bei seinem Tode seinen Familienangehörigen nach Vereinbarung eine bestimmte Summe oder Rente oder beide zusammen zu zahlen. Oben habe ich gesagt, daß die Tatsache, daß die Last der eine oder der andere zu tragen hat, keinen Unterschied im Charakter der Pension ausmache, denn im Falle, daß diese Last durch den Pensionsschuldner getragen wird, entspricht sie als Gegenleistung den Diensten des Pensionsberechtigten, außerdem ist dies für unser Problem auch nicht so wesentlich, denn selbst wenn — wie scheinbar das Reichsgericht durch die Anrechnung der Beamtenpensionen auf den Schaden annimmt — die langjährigen treuen Dienste keine Gegenleistung bilden sollten, müßte die Pension als eine Schenkung des Pensionsschuldners angesehen werden, die schon vorher vereinbart und durch den Eintritt eines Ereignisses bedingt ist. Daß die Geschenke, die der Geschädigte anläßlich des Schadens erhalten hat, nicht anzurechnen sind, ist Ansicht der herrschenden Lehre[323]), womit die Rechtsprechung[324]) auch übereinstimmt.

Ich kann mich der Ansicht, daß die gesetzlichen Pensionsgelder auf die Schadensersatzforderung anzurechnen seien, während die aus Versicherungsvertrag erwachsenen Forderungen nicht angerechnet zu werden brauchen, nicht anschließen, da ein gerechter Grund für die verschiedene Beurteilung nicht vorhanden ist. M. E. ist der Ansicht

---

322) RGE. Bd. 82 S. 189.

323) Cosack Bd. 1, S. 372; von Tuhr „Allgemeiner Teil des bürgerl. Rechts" § 72 Note 7.

324) RGE. Bd. 96, S. 145.

Recht zu geben, die weder die gesetzlichen noch die vertraglichen Pensionsgelder auf den Schaden anrechnet.

Es ist in der Literatur[325]) auch die Meinung vertreten worden, daß sich bei der Vorteilsausgleichung nicht alle Fälle mit Hilfe des adäquaten Kausalzusammenhangs erklären lassen. Es gäbe auch Fälle, in denen der Vorteil auf den Schaden anzurechnen sei, obwohl zwischen beiden keine kausale Verbindung bestehe. Leonhard begründet diese Behauptung mit folgendem Beispiel: Jemand, der durch Erwerb einer minderwertigen Sache geschädigt wird, hat sie mit Vorteil an einen anderen wieder veräußert. Diesen Vorteil, der ihm durch den Kaufpreis entstanden ist, muß er auf den Schaden anrechnen, wenn auch, wie angegeben, der Vorteil mit dem schädigenden Ereignis nicht kausal ist. „Sehr oft taucht die Frage auf," führt Leonhard aus, „ob der durch Erwerb einer unsicheren Hypothek Geschädigte sich den Gewinn anrechnen lassen muß, den er durch billigen Erwerb des Hauses in der Zwangsversteigerung gemacht hat."[326]) In beiden Fällen sei die Anrechnung trotz des Mangels des Kausalzusammenhangs zu bejahen.

Andere dagegen sind der Ansicht, daß das Fordern einer Kausalitätsverbindung des Vorteils mit dem schädigenden Ereignis eine sehr weite Abgrenzung sei. So will Dernburg[327]) einen inneren Zusammenhang zwischen Vorteil und Schaden gegeben wissen. Andere verlangen in einem gewissen Sinne die Einheitlichkeit der Vorteile und Nachteile. Oertmann[328]) versteht darunter eine zeitliche Einheit. Er läßt diejenigen Vorteile nicht anrechnen, die erst durch spätere Entwicklung der Dinge sich ergeben. Leonhard versteht unter Einheit etwas anderes; nach ihm ist sie dann gegeben, wenn, um den Eintritt des Schadens zu ermitteln, der ganze Vorgang zusammengerechnet und nach dem Ergebnis der Schaden verneint oder bejaht werden muß. Nach seiner Meinung ist dies bei dem Beispiel der Hypothek gegeben. Leonhard läßt aber außer den mit dem Schaden in einheitlichem Vorgang gegebenen Vorteilen auch die nicht unter diese Voraussetzung fallenden anrechnen, je nach dem strittigen Punkt. „Wenn die Höhe des Schadens in Frage steht, dann ist maßgebend, ob der Vorteil in engem Zusammenhang mit ihm steht und das ganze als eine Einheit zu betrachten ist. Wenn sich's frägt, ob ein fertiger Schaden mit einem anderen vorteilhaften Umstand ausgeglichen wird, so hängt es davon ab, ob dieser auch durch das schäd-

325) Leonhard Bd. I, S. 204 ff., insbes. 206, u. a.
326) Leonhard Bd. I., S. 206.
327) II, 1, S. 85, a, 2.
328) Kommentar Vorbem. zu §§ 249—254.

liche Ereignis verursacht."[329]) Heck[330]) lehnt den Gedanken der Einheitlichkeit des Vorteils und Schadens ab, indem er die Rechtfertigung und Durchführbarkeit leugnet.

Es herrscht zunächst eine Übereinstimmung darin, daß bei den Schadens- und Haftpflichtversicherungen, in denen die Vergütung auf den tatsächlich eingetretenen Schaden beschränkt ist, die gezahlte oder geschuldete Versicherungssumme nicht auf den Schaden anzurechnen sei. In solchen Fällen geht nach den gesetzlichen oder gewohnheitsrechtlichen [331]) Bestimmungen der Schadensersatzanspruch auf die Versicherung über. Um diesen Reflex zu ermöglichen, wird die Nichtanrechnung gerechtfertigt. Die Versicherungssumme wird aber auch dann nicht auf den Schaden angerechnet, wenn der Anspruch nicht auf die Versicherungsanstalt übergeht. Hier begründen die Anhänger der Nicht-Anrechnung ihre Meinung damit, daß der Geschädigte die Versicherungssumme selbst errungen habe, und die Einrede des Ersatzpflichtigen aus dem Versicherungsverhältnis des Verletzten als Einrede aus Rechten Dritter unzulässig sei. Dagegen reden die Anhänger der Anrechnung von einer tatsächlichen Bereicherung des Geschädigten. Bei der öffentlichen Sozial-Versicherung ist die Anrechnung auch ausgeschlossen. Da geht der Anspruch schon im Augenblick des Unfalls auf das Versicherungsinstitut über.[332]) Private Unfall- und Lebensversicherungssummen sind, wie oben erwähnt, ebenfalls nicht anzurechnen.

Die Vorteilsausgleichung hat auf dem Wege einer Anrechnung zu erfolgen. Dies ist beim Interessenersatz in Geld klar ersichtlich. Der Vorteil muß aber auch da berücksichtigt werden, wo der Schaden durch Naturalherstellung ersetzt wird. Bei der Naturalherstellung kann man aber von einer Anrechnung nicht sprechen, da eine Anrechnung nur bei vergleichbaren Gütern möglich ist. In diesem Fall muß die Vorteilsausgleichung durch Herausgabe oder Abtretung des erlangten Vorteils erfolgen.[333]) Deswegen schlägt Oertmann[334]) das Wort Vorteilsausgleichung statt Vorteilsanrechnung vor. Von einer Vorteilsaufrechnung kann auf keinen Fall die Rede sein, da der Schuldner keinen Anspruch auf Herausgabe des Vorteils des Geschädigten hat. Er kann nur eine Anrechnung geltend machen und zwar auch nur dann, wenn von ihm Schadensersatz verlangt wird.[335])

329) S. 208.
330) „Grundriß des Schuldrechts" § 15, 4, S. 50.
331) Wilburg S. 35.
332) Wilburg S. 61.
333) Oertmann, Komm. Vorbem. 5a vor § 249.
334) Vorteilsausgleichung beim Schadensersatz, S. 238.
335) Kipp b. Windscheid § 258, 7, a, γ.

2. Das Recht des Schuldners aus § 255 BGB.

Ein der Vorteilsausgleichung ähnlicher Gedanke wird im BGB. im § 255 geregelt.[336]) Danach hat im Falle des Verlustes einer Sache oder eines Rechts der Schadensersatzpflichtige das Recht, mit dem Schadensersatz solange zu zögern, bis der Ersatzpflichtige die Ansprüche, die ihm, dem Ersatzberechtigten, auf Grund des Eigentums an der Sache oder auf Grund eines sonstigen Rechts gegen Dritte zustehen, ihm, dem Ersatzpflichtigen, abtritt.

Hat der Verleiher einen Ersatzanspruch gegen den Entleiher, dem infolge seiner Unachtsamkeit die Sache gestohlen wird, so kann der Entleiher die Leistung des Schadensersatzes davon abhängig machen, daß ihm der Verleiher seinen Anspruch gegen den Dieb, der demselben wegen seines Eigentums zusteht, abtritt[337]). Dasselbe Recht ist nicht auch dem Dieb zuzuerkennen; denn dieser haftet auch dem Entleiher gegenüber und könnte deswegen nichts mit dem abgetretenen Anspruch anfangen.[338]) Wenn der Eigentümer außerdem einmal von dem Dieb Schadensersatz erhalten hat, so erlischt sein Anspruch gegen den Entleiher, denn er hat keinen Schaden mehr zu beklagen. Deswegen kann er auch dem Dieb nichts abtreten.

Unter dem Verlust eines Rechts oder einer Sache ist nach herrschender Lehre sowohl der Besitzverlust als auch der Untergang zu verstehen. Hauk[339]) ist Planck-Siber folgend der Meinung, daß Verlust einer Sache nicht auch den Untergang umfasse und unter dem Verlust eines Rechts nicht auch das Unmöglichwerden der Ausübung des Rechts infolge des Verlustes der betreffenden Sache zu verstehen sei. Er begründet dies mit dem Sprachgebrauch, der von dem Verlust „verloren" dann spricht, wenn der Besitz an der Sache verloren gegangen ist. Diese Begründung trifft deswegen nicht zu, weil, wenn man die buchstäbliche Bedeutung des Wortes „Verlust = verloren" nehmen soll, die Sachlage des § 255 auch im Falle des Diebstahls nicht vorliegt. Denn wenn man den Dieb kennt und weiß, daß die Sache bei ihm ist, liegt kein „verloren sein" vor. Dieses Ergebnis befriedigt sicher auch Hauk nicht, und außerdem wird im Sprachgebrauch genau so gut vom Verlust einer Sache beim völligen Untergang gesprochen. Z. B. er hat durch den Brand sein ganzes Hab und Gut verloren..., das Schiff ist in Meerestiefe verloren gegangen..., sogar Menschenleben sind verloren gegangen.

Die zweite Beweisführung Hauks, wenn die Sache völlig untergegangen sei, könne es kein Eigentum und daher keinen Anspruch des Eigentümers geben, und bei wahrem Untergang des Rechtes selbst wäre ja eine Abtretung des Anspruchs daraus nur noch im

336) Oertmann im HdR., Artikel „Schadensersatz", § 5.
337) Hauk S. 17.
338) Kipp § 258, 7, β.
339) Hauk S. 18.

Sinne von Ersatzansprüchen, nicht von Herstellungsansprüchen möglich, trifft auch nicht zu; denn z. B. § 823 erkennt für den Eigentümer sowie den Inhaber sonstiger Rechte, wenn die Sache, die sich in seinem Eigentum befindet, oder das Recht, dessen Inhaber er ist, völlig zerstört wird, einen Ersatzanspruch an.

Der Geschädigte muß auch solche Ansprüche abtreten, die noch nicht geltend gemacht worden sind, oder deren Geltendmachung noch zu keinem Ergebnis geführt hat.[340]) Die Werte solcher Ansprüche braucht er jedoch nicht anrechnen zu lassen; denn solange sie noch nur Ansprüche sind, sind sie zweifelhaft, und dem Geschädigten kann nicht zugemutet werden, sich einen zweifelhaften Vorteil auf seinen Schaden anrechnen zu lassen.[341]) Wie Kipp[342]) mit Recht bemerkt, kann man aus § 255 nicht folgern, daß, wenn der Geschädigte Vorteile erworben hat, er sie auch statt anzurechnen, abtreten muß. Die Abtretung kann sowohl als Einrede bei der Klage des Schadensersatzes als auch nach der Zahlung des Ersatzes klageweise verlangt werden.[343]) Wenn der Ersatzberechtigte nach Erhalt des Schadensersatzes die verlorene Sache zurückerlangt, so herrschen Meinungsverschiedenheiten darüber, ob ihm ein Wahlrecht zusteht, die Sache herauszugeben oder sie behalten zu dürfen, aber den erlangten Ersatz zurückzuerstatten. Kipp[344]) verneint die zweite Möglichkeit, und zwar verneint er sowohl die Wahlbefugnis des Ersatzberechtigten als auch das Zurückforderungsrecht des Ersatzpflichtigen. An sich wäre das Recht des Ersatzpflichtigen, die Rückerstattung des geleisteten Ersatzes zu verlangen, wegen des Wegfalls der causa der Leistung als eine Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung begründet. Kipp hält diese Möglichkeit für eine unerwünschte, da sie dem Ersatzberechtigten keine Sicherheit gewährt und er mit dem empfangenen Schadensersatz nichts anfangen kann. Kipp billigt nur eine Möglichkeit, die Herausgabe der wiedererlangten Sache. Er begründet dies dadurch, daß der Ersatzgläubiger die Sache an Stelle des abzutretenden Anspruchs als ein Surrogat dessen abtreten muß. Hauk[345]) wendet gegen Kipps Meinung ein: „Behagt aber dem Ersatzberechtigten der nach Entschädigung eingetretene Schwebezu-

---

340) Wenn der Anspruch zu einem Ergebnis geführt hat, wird dieses Ergebnis bei der Vorteilsausgleichung berücksichtigt.

341) Hauk S. 19.

342) Kipp § 258, 7 S. 73.

343) Leonhard Bd. I. S. 213, § 94; Oertmann, Komm. Anm. 3 zu § 255; Oertmann „Vorteilsausgleichung" S. 296; Warneyer III; Planck macht mit Recht den Anspruch des Ersatzpflichtigen davon abhängig, daß die Tatsache der Nichtabtretung bei der Festsetzung der Ersatzsumme nicht berücksichtigt ist. Planck Anm. 4.

344) S. 72.

345) S. 37.

stand nicht, so kann er ihn doch dadurch vermeiden, daß er sofort dem Ersatzpflichtigen das Eigentum überträgt. Will er dies nicht, so entgeht er der strengeren Haftung des § 820 BGB. dadurch, daß er die Ersatzleistung endgültig behält und die wiedererlangte Sache herausgibt bzw. dem Schuldner beläßt. Dieser kann ja von sich aus den Ersatz nicht zurückfordern." M. E. ist eine Wahlbefugnis für den Geschädigten, beim Wiedererlangen der verlorenen und ersetzten Sache dem Schädiger entweder die Sache oder den erlangten Ersatz zurückzugeben, anzuerkennen. Denn wenn auch Kipps Gedankenfolge richtig ist, so kann doch dem Geschädigten nicht immer zugemutet werden, daß er die Sache, für die er einen Ersatz bekommen hat, zurückgibt. Denn mit dem Ersatz ist, selbst wenn die Rechtssätze noch so vollkommen sind, in den meisten Fällen das Interesse des Geschädigten nicht voll und ganz befriedigt, ganz sicher aber nicht da, wo ein Affektionsinteresse in Frage kommt. Soll nun der Geschädigte, wenn ihm die Möglichkeit gegeben ist, sein gesamtes Interesse durch das Behalten der wiedererlangten Sache zu befriedigen, darauf verzichten und die ihm wertvolle Sache dem Schädiger geben und sich mit dem mangelhaften Ersatz begnügen? Der Grund, warum Kipp die Möglichkeit, den Ersatz zurückzuerstatten, verneint, ist der Gedanke, dadurch das Interesse des Geschädigten wahrzunehmen. Die obige Darlegung aber zeigt, daß die Anerkennung einer Wahlbefugnis diesem Zweck am besten entspricht.

Für den Schädiger kann beim Wiedererlangen der verlorenen Sache aus § 255 nur ein Anspruch auf Abtretung dieser Sache als Surrogat des abzutretenden Rechts abgeleitet werden.

3. Trifft den Gläubiger eine Verpflichtung zur Auskunftserteilung oder nicht?

Neuerdings hat Schumann[346]) mit der Meinung, daß es im geltenden Recht für den Geschädigten keinerlei Pflichten zur Auskunftserteilung über den Umfang des Schadens dem Ersatzpflichtigen gegenüber gebe, für eine künftige Kodifizierung des bürgerlichen Rechts die Annahme folgenden Rechtssatzes vorgeschlagen: „Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, kann von dem Geschädigten jede Auskunft verlangen, die zur Feststellung der Höhe des Schadens erforderlich ist. Belege kann er insoweit verlangen, als die Beschaffung dem Beschädigten billigerweise zugemutet werden kann. Verletzt der Geschädigte die Verpflichtung, so entfällt die Ersatzpflicht, wenn die Verletzung auf Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit beruht und der Geschädigte vorher auf die Folgen der Verletzung hingewiesen wurde." Schumann übernimmt diesen Gedanken

346) Zt. d. Akademie für Deutsches Recht, 4. Jahrg. Heft 2 S. 51.

aus den Bestimmungen der §§ 6 und 34 VVG. Die Gründe jedoch, die Schumann für die Annahme einer solchen Bestimmung angibt, sind nicht stichhaltig. Die Behauptung, daß der Geschädigte nicht zur Auskunftserteilung verpflichtet sei, trifft nicht zu. Er ist sogar zum Beweis verpflichtet. Er muß das Vorliegen eines Schadens sowie dessen Höhe und Umfang beweisen, um überhaupt etwas von dem als Schädiger in Anspruch Genommenen verlangen zu dürfen. Es ist nicht so, wie Schumann anscheinend annimmt, daß dies nur im Prozeßfalle so wäre, sondern dies trifft auch außerhalb des gerichtlichen Verfahrens zu. Schumann meint:„Anderseits ist es für den Schadensersatzpflichtigen vielfach sehr schwer, die Angaben des Geschädigten nachzuprüfen, zumal wenn ihm der Geschädigte aus Gewinnsucht keine Zeit läßt und ihn kurzfristig in Verzug setzt." Dieses Bedenken Schumanns scheint mir unbegründet, denn Verzug des Schuldners, der das vom Schuldner zu vertretende Ausbleiben der rechtzeitigen Leistung ist,[347]) setzt einen voll wirksamen und fälligen Anspruch voraus.[348]) Die Fälligkeit liegt nicht vor, solange der Schuldner eine verzögernde Einrede gegen den Anspruch hat, denn naturgemäß kann der Gläubiger die geschuldete Leistung solange nicht verlangen. Die Forderung muß also einwandfrei sein.[349]) Ein Schadensersatzrecht, das noch nicht bewiesen ist, kann keineswegs eine solche einwandfreie Forderung darstellen. Solange als der Gläubiger den Schaden nicht bewiesen hat, ist der Schuldner nicht zum Zahlen verpflichtet. Ein Verzug kann deswegen noch nicht in Frage kommen. Außerdem ist eine Verpflichtung des Gläubigers zur Auskunfterteilung mit der strengen Folge, daß er sonst sein Recht verlieren würde, für den Gläubiger eine ungeheure Härte, denn in sehr vielen Fällen ist die Höhe des Schadens selbst von dem Gläubiger nicht genau festzustellen. Deswegen ermächtigt § 287 ZPO. den Richter zur Feststellung des Schadens.

---

347) Planck Bem. 1 zu § 284

348) Enneccerus § 274, I; Kress S. 428; Planck Bem. 1a; Staudinger A zu § 284.

349) Fischer-Henle § 284, 3; RGE. Bd. 85 S. 296 f.

III. Abschnitt:

Der Schadensersatz nach dem neuen türkischen Obligationenrecht.

A. Grundsätzliches.

Wie schon in der Einleitung erwähnt wurde, ist das neue türkische Obligationengesetzbuch fast wörtlich vom schweizerischen Gesetz übersetzt und übernommen worden. Bekanntlich gehört das schweizerische Recht auch zu derselben Rechtsgruppe wie das BGB. Die Grundgedanken des schweizerischen Zivilgesetzes nebst Obligationenrecht sind mit dem BGB. wesensgleich.

Das schweizerische Zivilgesetzbuch datiert vom 10. 12. 1907, das Obligationengesetz vom 30. 3. 1911, und beide traten 12 Jahre nach dem Inkrafttreten des BGB., am 1. 1. 1912, in Kraft. Beide Gesetze sind vom BGB. und dessen Praxis sehr beeinflußt. Deswegen wäre eine eingehende Erläuterung des heutigen türkischen Schadensersatzrechts oft eine Wiederholung des für das deutsche Recht Gesagten. Um dies zu vermeiden, werden hier nur die Abweichungen des türkischen Schadensersatzrechts vom BGB. behandelt und nur bei sehr wichtigen Fällen auf die Übereinstimmung mit dem BGB. hingewiesen. Die nicht erwähnten Probleme sind im TOG. mit dem BGB. übereinstimmend gelöst.

Eine folgenschwere und wichtige prinzipielle Abweichung des neuen türkischen Zivilgesetzes vom BGB. ist der dem richterlichen Ermessen eingeräumte große Spielraum. Aus den den Richter bindenden Bestimmungen des BGB. merkt man den unbegründeten und ungerechten Zweifel gegenüber dem richterlichen Ermessen. Das schweizerische Gesetzbuch hat, aus der 10jährigen Praxis des BGB. die richtige Folgerung ziehend, dem Richter die notwendige Freiheit gegeben. Wie der Richter zu verfahren hat, wenn bei einem vorgelegten Tatbestand ein anwendbarer Rechtsgrundsatz fehlt, sagt das BGB. nicht. Dagegen gibt es schon im österreichischen allgemeinen BGB. in § 7 eine genauere Regelung. Danach wird der Richter auf den Wortlaut, den natürlichen Sinn des Gesetzes sowie auf die Gründe und die Rechtsanalogie anderer verwandter Gesetze verwiesen. Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft, so muß er in Hinsicht auf die sorgfältig geprüften und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen

entschieden werden. Bei dem schweizerischen ZGB. und dementsprechend auch bei dem türkischen wird der Richter zuerst auf den Wortlaut und die Auslegung des Gesetzes, dann auf das Gewohnheitsrecht verwiesen. Fehlt auch ein gewohnheitsrechtlicher Grundsatz, so hat der Richter, und hier ist der große Unterschied gegenüber dem BGB., nach der Regel zu entscheiden, die er als Gesetzgeber für einen solchen Fall aufstellen würde.

Zur Zeit ist in Deutschland die Ansicht unbestritten, daß dem Richter in Anbetracht der Tatsache, daß der Gesetzgeber nicht imstande ist, bei der Vielfältigkeit der Ereignisse eine jeden Tatbestand umfassende Regel aufzustellen und sich ferner die Rechtsanschauung dauernd entwickelt, ein freies Feld offen gelassen werden muß. Der Grundsatz des „gesunden Volksempfindens" und der prinzipielle Satz „Recht ist, was arische Menschen für Recht befinden" sind Ausdrücke dieser Anschauung. Eine neue Gesetzgebung wird den Mangel des BGB. selbstverständlich beseitigen.

I. Der Begriff des Schadens.

Der Begriff des Schadens ist nach dem türkischen Recht nicht ein anderer als der nach dem deutschen. Es muß also ein materieller, durch Geld abschätzbarer Unterschied im Vermögen des Geschädigten vorliegen. In diesem Begriff ist der Entzug aller Genüsse, die durch Geld beschafft werden können, einbegriffen.[350]) Der Schaden kann darin bestehen, daß das Vermögen infolge des schädigenden Ereignisses geringer wird, kann aber auch in Gestalt eines entzogenen Gewinns eintreten.[351]) Eine Verletzung der immateriellen Güter ist nach dem schweizerischen Recht kein Schaden[352]) und die dafür zu leistende Geldsumme ist Genugtuung, nicht Schadensersatz, denn das schweizerische Recht stellt sich auch auf den Standpunkt, daß sich eine seelische Kränkung nicht mit den Rechtsmitteln beseitigen läßt.[353]) Beim Übersetzen wurde das Wort Genugtuung im türkischen Gesetz aus Mangel an einem entsprechenden Ausdruck als „ideelle Entschädigung" übernommen. Diese Ausdrucksweise darf aber nicht zu der Annahme führen, daß das türkische Gesetz auch einen außervermögensrechtlichen Schaden anerkenne. Denn auch im türkischen Gesetz ist der Unterschied dieser beiden Ausdrücke bewußt. Diese Unterscheidung tritt besonders deutlich in Art. 49 des Obligationengesetzes hervor. Nur hebt das türkische Recht den Schutz der persönlichen Rechte in einer besonderen Klausel hervor, worüber unten[354]) noch näheres ausgeführt ist. Mandl[355]) beruft sich

350) H. Oser, Komm. Anm. V zu Art. 51.
351) v. Tuhr S. 69.
352) v. Tuhr, S. 68 § 12, II.
353) v. Tuhr § 16, S. 105.
354) S. 125.
355) Mandl „Ziv. Aufbau des Schadensersatzrechts" S. 16 ff.

beim Leugnen des Unterschiedes von materiellem und immateriellem Schaden zu Unrecht auf Art. 42 des schweizerischen OG. Dieser Artikel spricht nur von einem nicht ziffernmäßig nachweisbaren Schaden, also lediglich von einem Fall der Beweisschwierigkeit.

II. Arten des Schadens.

Außer dem materiellen und immateriellen Schaden wird noch folgende Unterscheidung vorgenommen[356]):

1. Vermögensschaden, der bei den Sachen selbst ersichtlich ist (wie Verlust oder Beschädigung einer einen ökonomischen Wert verkörpernden Sache).

2. Vermögensschaden, der nicht mit der Sache selbst verbunden ist (wie unerlaubter Wettbewerb, das Verlieren einer Beweisurkunde).

3. Der Schaden, der sich an Leben und Gesundheit eines Menschen zeigt.

4. Der gegen die Ehre gerichtete Angriff. Hierzu gehören alle die sogenannten immateriellen Schäden.

B. Die Stellung des Gesetzes zum Schadensersatz.

Die Gründe des Schadensersatzes sind dieselben wie im BGB. (unerlaubte Handlung, Gesetz, Rechtsgeschäft). Die Aufgabe des Schadensersatzes ist auch dieselbe, d. h. er soll den Unterschied zwischen dem Zustand, der bestehen würde, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre, und dem Zustand, der jetzt nach dem Eintritt des schädigenden Ereignisses tatsächlich besteht, ausgleichen. Das Gesetz läßt aber grundsätzlich den Schaden von demjenigen tragen, der dadurch betroffen wurde. Nur unter besonderen Umständen fällt die Ersatzpflicht einem anderen zu.

I. Der Umfang des Schadensersatzes.

1. Der Kausalzusammenhang.

Das TOG. hat sich zur Feststellung des Eintritts oder des Umfangs eines Schadens keiner der verschiedenen Kausalitätstheorien angeschlossen. Wenn das Problem auftaucht, ob die schuldhafte Handlung dem Kläger Schaden verursacht hat oder nicht, hat der Richter nach seinem Ermessen frei zu entscheiden. v. Tuhr sagt[357]): „Durch die Theorie des adäquaten Kausalzusammenhangs hat die deutsche Doktrin und Praxis gegenüber dem Wortlaut des BGB. eine vernünftige Beschränkung der Schadenshaftung erkämpft." Im schweizerischen und türkischen Recht entscheidet bei der Festsetzung

356) Haci Adil S. 258.
357) „Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts" S. 82.

der Kausalität die praktische Vernunft und das Taktgefühl des Richters.[358]) Der Richter steht der Frage der Kausalität freier gegenüber als in Deutschland. Er hat die Wirkung der Tat nach seinem freien Ermessen zu bestimmen, wird aber meist zu demselben Resultat kommen, wie die Theorie des adäquaten Kausalzusammenhangs und seinen Gedankengang mit dieser Theorie begründen, wie es in der Praxis der Schweiz[359]) und der Türkei[360]) auch geschieht.

Für die Unterbrechung des Kausalzusammenhangs sowie die verschiedenen Fragen der Kausalität gilt das oben für das deutsche Recht Gesagte.

Ein und denselben Schaden können mehrere Personen zusammen herbeigeführt haben. Für die Frage der Kausalität gilt hier auch das oben für das deutsche Recht Gesagte.[361]) Es ist jedoch nicht die solidarische Haftung aller Beteiligten die selbstverständliche Folge davon. Es entsteht lediglich eine Anspruchskonkurrenz, wonach der Geschädigte von jedem der Beteiligten nach Maßgabe des Art. 43, also unter Berücksichtigung des Verschuldens des in Anspruch Genommenen und der für ihn in Betracht kommenden anderen Umstände Ersatz des Schadens verlangen kann. Hier sind mehrere Ersatzansprüche, die möglicherweise von verschiedener Größe sein können, doch kann der Geschädigte insgesamt nicht mehr als seinen Schaden verlangen.[362]) Zur Begründung der Solidarität dieser Mittäter bedarf es einer besonderen Vorschrift. Diese ist in Art. 50 des TOG. enthalten.

Es scheint im ersten Augenblick so, als ob das TOG. eine Abweichung vom SOG. gemacht hätte. Der türk. Art. 50 lautet: „Haben mehrere einen Schaden herbeigeführt ...", während derselbe Artikel des schweizerischen Gesetzes lautet: „Haben mehrere den Schaden gemeinsam verschuldet". Jedoch ist diesem Wortunterschied keine große Bedeutung zuzumessen, denn auch das türkische Recht verlangt zur Begründung des Ersatzanspruchs ein Verschulden. Unter diesem Gesichtspunkt würde der türkische Text „schuldhaft herbeigeführt" lauten, was der Absicht des schweizerischen Gesetzes auch entsprechen würde.[363]) In diesem Sinne liegt keine, die Solidarität erzeugende gemeinsame schuldhafte Herbeiführung des Schadens vor, wenn mehrere Personen durch verschiedene, voneinander unabhängige unerlaubte Handlungen zur Herbeiführung eines Schadens mitwirken,[364]) oder wenn jeder für sich, ohne

358) Ebda. S. 83.
359) Bundesgerichtsentscheidungen Bd. 41, S. 88 und 94; Praxis des Bundesgerichts Bd. 11 S. 99.
360) Temyiz Kararlari Bd. 14 S. 114.
361) S. 38 ff.
362) Oser Anm. 1 zu Art. 50.
363) von Tuhr Allg. Teil d. schweiz. OR. S. 364.
364) von Tuhr S 365.

von dem anderen zu wissen, den Schaden ganz verursacht.[365]) In solchen Fällen wird nach dem Grundsatz der Kausalität die Verantwortlichkeit jedes Beteiligten für den entstandenen Schaden begründet, aber nicht in Form einer Solidärhaftung, sondern in der sogenannten unechten Solidarität.[366]) Jeder haftet für denselben Schaden und zwar für sich allein, weil er denselben verschuldet hat. Es haftet also keiner für das Verschulden des anderen. Bei der echten Solidarität haften die Schuldner grundsätzlich in derselben Höhe und zwar für die gesamte Schuld (Art. 146 TOG. und Art. 148 SOG.). Bei der unechten Solidarität kann die Höhe der Schuld jedes einzelnen durchaus verschieden sein.[367])

Oser[368]) erachtet ein einfaches Mitverschulden bei der gemeinsamen Verursachung des Schadens für die Entstehung der Solidarität als ungenügend und verlangt ein qualifiziertes Verschulden. Der Grund der Solidärhaftung kann nach seiner Meinung[369]) nur bewußtes schuldhaftes Zusammenwirken mehrerer an der unerlaubten Handlung sein; denn höchstens in diesem Falle erscheint es in der Tat gerechtfertigt, die Berufung auf geringeres Verschulden gegenüber dem Geschädigten zu versagen und solidarische Haftung eintreten zu lassen. Denn es wäre nicht einzusehen, weshalb von den mehreren, die voneinander völlig unabhängig zum Schaden beitragen, nicht jeder sein geringes Verschulden als Reduktionsgrund gemäß Art. 43 sollte anführen können und für den ganzen Schaden solidarisch haften sollte, während ihm die Entlastung möglich wäre, falls er allein den entstandenen Schaden angerichtet hätte. M. E. ist die Einwendung Osers, die erst in der 2. Auflage des Kommentars erscheint, als unbegründet anzusehen, denn die oben wiedergegebene Begründung des Einwands trifft nicht zu. Die Solidarhaftung des Art. 50 ist, wie auch Oser richtig bemerkt, ein aus der unechten Solidarität herausgegriffener Ausnahmefall. Diese Ausnahmeerscheinung liegt in der gemeinsamen Verschuldung, die anderen Erfordernisse sind der unechten Solidarität gleich, und zwar sind die Erfordernisse das Vorhandensein zweier Schuldner und die gegen diese zwei Schuldner gerichteten Forderungsrechte. Es handelt sich im Art. 50 nicht um eine einheitliche Schadensersatzforderung, die zwei Schuldner hat, sondern es sind zwei Forderungen, die als Inhalt den Schadensersatz haben. Wenn jetzt von zwei Schuldnern A sich eines schwereren, B sich eines leichteren Verschuldens schuldig gemacht hatte, so ist das Forderungsrecht gegen A normalerweise der volle Schadensersatz, gegen B aber ein geringeres, sagen wir im Verhältnis 10:8. Wenn

365) Oser Anm. 2.
366) Vgl. unten S. 108 f.
367) Sabri Şakir S. 134.
368) Anm. 2.
369) S. 353.

auf diese beiden Forderungen die Bestimmungen des Art. 50 angewandt werden, so erhöht sich die Forderung an B nicht von 8/10 auf 10/10, sondern die Solidarität beschränkt sich weiter auf 8/10 des gesamten Schadens. Der Geschädigte muß, wenn er den Ersatz von B verlangt, sich mit 8/10 begnügen, die übrigen 2/10 kann er von A verlangen. Der Sinn der angeordneten Solidarität liegt darin, daß in der Höhe der niedrigen Forderung die Schuld künstlich durch Gesetzesvorschrift eine einheitliche wird; es tritt eine Gemeinschaftlichkeit des Leistungsinteresses ein.[370])

Der Unterschied der echten und unechten Solidarität ist im allgemeinen nur theoretisch. Ein praktischer Unterschied ist nur im Falle der Anwendung des Artikels 135 bei Unterbrechung der Verjährung[371]) gegeben, und zwar wirkt die Unterbrechung der Verjährung gegen einen Schuldner bei der echten Solidarität auch gegen den anderen, während bei der unechten Solidarität die Verjährung gegen jeden Schuldner unabhängig von den anderen eintritt und die Unterbrechung der Verjährung gegen einen für die anderen völlig unwirksam ist. Wegen dieses geringen Unterschiedes hält von Tuhr[372]) eine Unterscheidung zwischen echter und unechter Solidarität nicht für angebracht und schlägt vor, die unechte Solidarität abzuschaffen und in allen Fällen, in denen mehrere Personen für denselben Schaden haften, Solidarität vorzuschreiben.

Das BGB. unterscheidet nicht zwischen echter und unechter Solidarität,[373]) wohl aber macht die Theorie in Deutschland diesen Unterschied. Die echte und unechte Solidarität haben gemeinsam, daß mehrere Schuldner verpflichtet sind, denselben Schuldgegenstand zu leisten. Die unechte Solidarität unterscheidet sich von der echten dadurch, daß bei ihr nicht ein einheitliches Schuldverhältnis zugrunde liegt und keine Zweckgemeinschaft besteht, sondern die mehreren Verpflichtungen auf verschiedenen Schuldverhältnissen beruhen und unabhängig voneinander nebeneinander stehen. Sie sind gesonderte Obligationen, stehen jedoch nicht völlig zusammenhanglos nebeneinander.[378]) Die herrschende Lehre des deutschen Rechts[379]) und die Praxis[380]) unterscheiden zwischen der echten und unechten Solidarität. Entsprechend der Lage, daß bei der unechten Solidarität die Zweckgemeinschaft fehlt, finden auch die Vorschriften über die Solidarität (§§ 421 ff BGB. und Art. 145 türk. Obl.G.) nur insoweit Anwendung, als sie nicht auf dieser Rechts- und Zweckgemeinschaft be-

370) Brühlmann, S. 57.
371) von Tuhr S. 365 und 705.
372) a. a. O.; Leonhard I S. 732 ff.; Heck ZivArch. Bd. 122 S. 132.
373) Enneccerus § 313, II; Leonhard S. 721.
378) Enneccerus, § 313, II, 1.
379) Staudinger 9. Aufl. II, 1, S. 898 Bem. 4; Enneccerus § 313, II, 3; Crome Bd. 2 S. 375f., Bem. 3; anderer Ansicht: Heck „Schuldrecht" S. 234.
380) RGE. Bd. 79 S. 288, insb. 290; Bd. 92 S. 408.

ruhen. Deswegen sind z. B. die §§ 423, 424 nicht auf die Fälle der unechten Solidarität anzuwenden.[381])

Die Anstifter, Urheber und Gehilfen sind in gleicher Weise und solidarisch für den entstandenen Schaden haftbar (Art. 50). Eine Besonderheit zeigt das türkische Recht in der Heranziehung des Begünstigers. Er haftet zwar grundsätzlich nicht, wohl jedoch dann, wenn er mit seiner Beteiligung zur Verursachung des Schadens beigetragen oder sich an dem Gewinn beteiligt hat. Wenn eine von diesen beiden Voraussetzungen erfüllt ist, wird seine Haftung auch solidarisch (Art. 50, III), wogegen er nach Art. 50 SOG. nur dann und insoweit haftet, als er einen Anteil an dem Gewinn empfangen, oder seine Beteiligung Schaden verursacht hat.

Eine andere Möglichkeit der Anspruchskonkurrenz ist der Fall, daß mehrere nebeneinander, aber aus verschiedenen Gründen für einen Schaden haften. Z. B. ich übergebe während meiner Landesabwesenheit mein Auto einem Bekannten zum Einstellen in die ihm gehörende Garage. Er läßt einmal den Schlüssel stecken, und mein Auto wird gestohlen. Nach einiger Zeit findet man dieses völlig zertrümmert neben einer Landstraße. Der Wagen war gegen Schaden versichert. Es haften: der Eigentümer der Garage (mein Freund), der Dieb und die Versicherungsgesellschaft.[382]) Für diesen Fall schreibt das schweizerische Obligationengesetz im Art. 51 vor: „Haften mehrere Personen aus verschiedenen Rechtsgründen ... so wird die Bestimmung über den Rückgriff unter Personen, die einen Schaden gemeinsam verursacht haben, entsprechend auf sie angewendet." Als dieser Artikel ins Türkische übersetzt wurde, erhielt er, um den Wortlaut scheinbar zu kürzen, folgenden Inhalt: „Sind mehrere Personen aus verschiedenen Gründen (unerlaubte Handlung, Vertrag, Gesetz) haftbar, so wird für sie die Vorschrift angewendet, die für die, die gemeinsam einen Schaden verursacht hatten, gilt." Dieser Wortlaut ist als sehr mißverständlich und unglücklich zu bezeichnen und gibt deswegen sehr vielen türkischen Schriftstellern[383]) Anlaß zur Annahme einer echten Solidarität auch zwischen diesen aus verschiedenen Gründen haftenden Personen. Dieser Wortlaut ist lediglich als schlecht geraten zu bezeichnen. Daß es sich hier nicht um eine echte Solidarität handelt, ist auch daraus zu ersehen, daß über diesen Fall ein besonderer Artikel geschrieben wurde. Wenn es sich hier um eine echte Solidarität gehandelt hätte, hätte man diesen Fall mit Art. 50 gemeinsam geregelt. Außerdem haben die Ansprüche, die im Art. 51 geregelt sind, sehr wenig Gemeinsames miteinander. Wenn man eine Solidarität schon bei diesen Ansprüchen annimmt, dann gibt es keinen Grund zur Ablehnung einer Solidarität im Falle

381) Enneccerus § 313, II, 3.
382) Brühlmann S. 56.
383) Hacı Adil Note 56; Ahmet Samim S. 179.

der konkurrierenden oder alternativen Kausalität. Außerdem kann das türkische Wort „Haklarında" (für sie = bezüglich ihrer) auch als ein Zeichen dafür gelten, daß der Artikel 51 lediglich das sog. Innenverhältnis, also die Stellung der Schuldner untereinander regelt und keine Vorschrift für ihre Beziehungen zu dem Dritten, dem Geschädigten, enthält. Der Rückgriff unter den solidär Haftenden und unter den ihnen in dieser Beziehung gleichgestellten und in Art. 51 aufgezählten Personen wird durch richterliches Ermessen bestimmt. Es müßte an sich, da von einer Solidärhaftung die Rede ist, der Regreß nach Art. 146 mit gleichmäßigen Anteilen geschehen. Es ist dies aber wegen der möglicherweise verschiedenen Beteiligung an dem Schaden nicht gebilligt. Außerdem läßt ja der Art. 146 die Solidärschuldner nur dann mit gleichen Anteilen haften, wenn aus der Art der Rechtsverhältnisse sich nichts anderes ergibt.

Diese Regreßbestimmung gilt nach Art. 51 grundsätzlich auch für diejenigen, die für einen Schaden aus verschiedenen Gesichtspunkten haften. Die Vorschrift für diejenigen, die für denselben Schaden haften, gibt jedoch in einem Punkt zu Zweifeln Anlaß, und zwar im Fall der Versicherung: Oben S. 93 ff. ist für das deutsche Recht dargelegt, daß eine Anrechnung der Versicherungsansprüche auf die Forderung gegen den Schädiger nicht zulässig ist, und dasselbe ist auch für das türkische Recht gültig.[384]) Das bedeutet also, daß der Geschädigte sich sowohl an den Versicherer, als auch an den Schädiger halten kann. Würde man nun dem Versicherer einen Regreß gegen den Schädiger zugestehen, so wäre die Folge, daß der Schädiger zweimal zahlen müßte, was ihm gewiß nicht zugemutet werden kann. Hiernach kann also die Bestimmung des Artikels 51 für Versicherungsfälle nicht gelten, ein gesetzliches Rückforderungsrecht des Versicherers muß also nach den allgemeinen Grundsätzen des Obligationenrechts verneint werden. Ein solches Recht kann selbstverständlich im Versicherungsvertrag vorgesehen werden in dem Sinne, daß die Forderung des Geschädigten gegen den Schädiger auf den Versicherer übergeht. Art. 72 des schweiz. V.V.G. läßt einen Anspruch des Geschädigten beim Sachschaden auf den Versicherer übergehen; dann ist natürlich dadurch ein Rückforderungsrecht dem Versicherer geschaffen worden. Nur beweist auch diese Bestimmung, daß ein Rückforderungsrecht des Versicherers aus Art. 51 OG. nicht herzuleiten und daß der Artikel 51 bei der Versicherung nicht anwendbar ist. Das Forderungsrecht des Geschädigten gegenüber dem Täter der unerlaubten Handlung besteht immer noch, obwohl er seinen Schaden vom Versicherer erhalten hat, denn hätte er keinen Anspruch mehr, so könnte er auch dem Versicherer keinen abtreten. Wenn er gesetzlich zur Abtretung eines Anspruchs verpflichtet ist, so ist damit auch das Vorhandensein dieses Anspruchs anerkannt.

384) von Tuhr S. 87.

Als vertragliche Schadensersatzverpflichtung im Sinne des Art. 51 kann in Frage kommen: der Ersatzanspruch aus Vertrag, Miete, Gebrauchsleihe[385]) sowie die Ersatzverpflichtung des Gastwirts. Der Art. 51 kommt auch in den Fällen zur Anwendung, in denen nicht verschiedene Arten von Haftungsgründen wie z. B. unerlaubte Handlung neben Vertrag, sondern verschiedene von derselben Art als Grund in Frage kommen, so z. B. mehrere unerlaubte Handlungen, verschiedene Verträge oder verschiedene Gesetzesbestimmungen,[386])

Nachdem der Art. 51 in Abs. I die allgemeine Regel aufstellt, daß zwischen den Personen, die aus verschiedenen Rechtsgründen haften, den Regreß der Richter zu bestimmen habe, gibt der Absatz 2 die Direktive dazu, daß in erster Linie derjenige in Betracht käme, dessen Haftung aus unerlaubter Handlung begründet ist. Die Folge davon ist: Wenn der Geschädigte seinen Schaden von dem Täter der unerlaubten Handlung ersetzt verlangt, und er den Ersatz erhält, so ist diese Leistung endgültig und der Täter hat den anderen gegenüber kein Rückforderungsrecht. Er hat aber selbstverständlich das Recht, die Geringfügigkeit seiner Schuld geltend zu machen und nur einen seiner Schuld entsprechenden Teil des Schadens zu ersetzen.

An zweiter Stelle kommt derjenige in Betracht, der den Ersatz des Schadens aus vertraglichen Gründen zu tragen verpflichtet ist. Wenn es neben ihm auch einen Schuldner aus unerlaubter Handlung oder Gesetzesbestimmung gibt, so steht ihm in der Regel das Recht zu, auf den Täter der unerlaubten Handlung zurückzugreifen. Dem Täter der unerlaubten Handlung muß die Befugnis zustehen, die Geringfügigkeit seines Verschuldens gegen die aus Vertrag oder Gesetzesbestimmung Haftenden geltend zu machen. Denn ein Rückgriff auf ihn kann nur insoweit gestattet sein, als er dem Ersatzpflichtigen gegenüber zu haften hatte. Der Rückgriff des aus Vertrag Haftenden auf den aus Gesetz Haftenden[387]) ist in der Regel unmöglich.

In letzter Linie, d. h. mit dem Recht auf Rückgriff auf jeden anderen der Vorgenannten haftet derjenige, der nicht aus einer unerlaubten Handlung oder aus vertraglicher Bestimmung haftet, sondern den lediglich eine gesetzliche, insbesondere eine Gefährdungshaftung trifft. Zu dieser Gruppe gehören die Gebäudeeigentümer, der Tierhalter usw.

Das oben für die Anrechnung der Versicherungsansprüche auf den zu ersetzenden Schaden Gesagte trifft, wenn der Ersatzanspruch auf Gefährdungshaftung beruht, nicht im selben Sinne zu. Der eingetretene Umstand ist ein Zufall, den niemand verschuldet hat. Daß

385) von Tuhr S. 366 „Allg. Teil d. S.O.R."
386) Oser Anm. 4
387) Z. B. der Gebäudeeigentümer.

jemand hier zufällig für einen Schaden aufkommen muß, ist billigkeitswegen gerechtfertigt. Wenn aber der Schaden schon von einer Versicherung geheilt, die Stellung des Geschädigten also verbessert ist, fällt dieses Ergebnis des Billigkeitsgedankens anders aus. Dies wird bei folgendem Fall, der auch in der Schweiz wegen des sonst unbilligen Ergebnisses zu dieser gesetzlichen Bestimmung Veranlassung gab, verständlich: Ein Gebäudeeigentümer müßte, ohne irgendwie schuldig zu sein, deswegen haften, weil ein Arbeiter vom Dach abgestürzt war. Der Verunglückte war versichert. Seine Frau einigte sich mit der Versicherungsgesellschaft, nur den Teil von ihrem Schaden zu verlangen, zu dem das Gericht den Gebäudeeigentümer nicht verurteilen würde. Dieses Ergebnis wurde als unbillig empfunden. Es soll also für den Fall, wo der haftbar gemachte Schuldner aus Gesetzesbestimmung, ohne daß ihm ein Verschulden zugeschrieben werden kann, haftet, er gegen den Versicherer Regreß nehmen können.

2. Die Feststellung der Größe des Schadens.

Art. 42 TOG., gemäß dem Prinzip des Art. 6 TZG, welcher den Grundsatz ausspricht, daß jeder das, was er behauptet, auch beweisen muß, läßt die Beweislast des Schadens vom Kläger tragen. Aber ähnlich dem Gedanken des § 287 ZPO. hat der Richter für den Fall, in dem es nicht möglich ist, die tatsächliche Höhe des Schadens zu beweisen, unter Berücksichtigung des gewöhnlichen Laufs der Dinge und der von seiten des Geschädigten getroffenen Maßnahmen nach seinem freien Ermessen und Gerechtigkeit die ziffernmäßige Höhe des Schadens abzuschätzen. Das richterliche Ermessen erstreckt sich aber nur auf das Vorhandensein und die Höhe des Schadens. Die schadenstiftenden Ereignisse müssen dagegen vom Kläger bewiesen werden. Nach Sabri Şakir[388]) soll in der Praxis immer da, wo das Verhalten des Täters sich als schädlich erweist, auch das Vorhandensein eines Schadens ohne einen besonderen Beweis angenommen werden. Z. B. wenn in einem Hotelnachweis über ein Hotel wahrheitswidrige Angaben gemacht werden, so kann angenommen werden, daß dem Wirt ein Schaden entstanden ist. Die Höhe des Schadens ist schlecht beweisbar. Dies muß der Richter festsetzen. Der Beklagte kann dagegen beweisen, daß durch besonders günstige Lage das Hotel in der Saison nie frei geblieben ist und deswegen dem Kläger kein Schaden entstanden sei.

3. Entgangener Gewinn.

Es wird nach dem türkischen Recht auch, so wie nach dem deutschen, für die sämtlichen Folgen der Handlung, also auch für die mittelbaren nachteiligen Auswirkungen gehaftet, soweit zwischen

388) S. 113.

diesen Folgen und der schadenstiftenden Tatsache die kausale Verbindung besteht. Zu diesem Umfang gehört auch das Ausbleiben der Vermögensvermehrung,[389]) der entgangene Gewinn. Das TOG. versucht keine Definition des entgangenen Gewinns, wie das BGB. im § 252. Es ist vielmehr in der Befugnis des Art. 42, Abs. II auch das Feststellen des entgangenen Gewinns dem Richter anheimgegeben. Der Richter braucht weder zu streng beim Verlangen einer Gewißheit für den Eintritt des Schadens noch sehr freigebig für die Annahme jedes äußerst unwahrscheinlichen, denkbaren Gewinns zu sein. Er muß vielmehr sich der hier für das deutsche Recht vertretenen Ansicht nähern und solche nicht gemachten Gewinne annehmen, deren Erzielung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge ohne den Eintritt des schädigenden Ereignisses als wahrscheinlich erwartet werden konnte, und solche Gewinne, die, an sich ungewöhnlich, durch die von dem Geschädigten getroffenen Maßnahmen wahrscheinlich erscheinen. Der Art. 42, II, ermächtigt den Richter zur Berücksichtigung der seitens des Geschädigten getroffenen Maßnahmen zur Feststellung des Schadens.

4. Besondere Fälle des Schadensersatzes.

Die parallelen Bestimmungen zu den §§ 843—847 BGB. befinden sich wesensähnlich im TOG. in den Artikeln 45 ff. und sind auf jeden Fall der Schadenshaftung, d. h. der vertraglichen[390]) wie auch der deliktischen Tatbestände anwendbar.

Der Art. 45 stellt die Bestimmung auf, daß der Täter im Falle der Tötung auch die Beerdigungskosten zu tragen hat. Das schweizerische Obligationenrecht braucht hier statt des Wortes Beerdigung Bestattung. Dieses Wort sollte auch das Verbrennen der Leiche einbegreifen. Das türkische Gesetz hat das Wort Beerdigung vorgezogen, wohl deswegen, weil das Verbrennen der Leichen in der Türkei nicht Sitte ist.

Außerdem sind die nach den örtlichen Gewohnheiten üblichen Unkosten der Trauerfeierlichkeiten zu zahlen. Im Art. 45 wird auch ausdrücklich gesagt, daß der Täter in dem Fall, in dem der Tod nicht sofort eintritt, auch die Kosten der gemachten Heilungsversuche sowie diejenigen Schäden ersetzen muß, die dadurch entstanden sind, daß der Getötete in der dem Tode vorangegangenen Zeit nicht arbeiten konnte. Diese Bestimmung steht im BGB. nicht ausdrücklich. M. E. ist deswegen im BGB. keine Unvollständigkeit zu erblicken. Eine solche Bestimmung kann mit Recht gespart werden, denn diese Ansprüche sind dem Getöteten an sich wegen seiner Verletzung entstanden und gehen mit seinem Tode an die Erben

389) Oser Anm. 16 zu § 43.
390) Fick Anm. 40 zu Art. 99.

über.[391]) Danach ist die Stellung im TOG. in einem Artikel, wo von den Ersatzansprüchen Dritter, die durch den Tod des Verletzten entstehen, die Rede ist, mindestens als verfehlt anzusehen, denn dies sind nicht die Ersatzansprüche Dritter, sondern die des Verletzten, die durch dessen Tod an die Erben übergehen. Von den Ersatzansprüchen des Verletzten wird im folgenden Art. 46 gesprochen. Danach hat der Verletzte das Recht, seine gesamten Kosten sowie den Schaden, den er dadurch erlitten hat, daß er gänzlich oder teilweise erwerbsunfähig war, ersetzen zu lassen. Es scheint auf den ersten Blick sonderbar, daß der Art. 46 für den Verletzten den Anspruch auf die gesamten Unkosten anerkennt, während in Art. 45 für den Fall, daß der Verletzte stirbt, die Erben nur berechtigt sind, die Heilungskosten zu verlangen. Dieser Tatsache ist aber nicht viel Wert beizumessen. Die Bestimmung in Art. 45 ist sowieso überflüssig, denn auf die Erben geht jedes Recht des Getöteten über, also auch die Forderung auf Ersatz der sonstigen Unkosten, die durch die Verletzung entstanden sind.

Die Ansprüche der Hinterbliebenen, die sie wegen Tötung ihrer Angehörigen erwerben, sind die dargelegten, vom Gesetz erschöpfend aufgezählten. Wegen eines frühzeitigen Todes des Getöteten können keine Schadensersatzansprüche hergeleitet werden. Daher wird kein Ersatzanspruch auf Lebensrente, die für die Lebensdauer des Getöteten bestimmt war und die durch dessen frühzeitiges Sterben erlischt, oder auf eine Nutznießung, die z. B. der Ehemann auf das Vermögen seiner Ehefrau hatte, und die durch deren Tod frühzeitig erlischt, gewährt. Diese im deutschen Recht strittige[392]) Frage wird in der Schweiz[393]) und in der Türkei[394]) einstimmig verneint.

Im Falle der Verletzung gehört zu dem zu ersetzenden Schaden auch der Nachteil der aufgehobenen oder verminderten Arbeitsfähigkeit. Wenn zur Zeit der Klage schon die Entwicklung der Verletzung abgeschlossen ist, so sind verhältnismäßig sichere Anhaltspunkte für die Berechnung gegeben. Wenn die Entwicklung aber noch nicht abgeschlossen ist, so ist eine weitere unbekannte Größe in die Rech-

---

391) Vgl. dazu oben S. 57.

392) Für die Anerkennung solcher Ansprüche vgl. u. a. Dernburg § 391, II, S. 788; Oertmann 1 zu § 844; Enneccerus § 462, Anm. 15. Dagegen mit Recht die wohl als herrschend zu bezeichnende Lehre Planck Bem. 2; Crome § 339 Anm. 82; Staudinger Bem. A, 4 zu § 844. Der Getötete hat auf Grund seiner Tötung keinen Anspruch gegen den Täter, denn ein Toter kann keine Rechte erwerben. Seine Erben können folglich keinen Anspruch haben, denn sie haben nur auf die dem Erblasser bereits entstandenen Rechte Anspruch.

393) u. a. von Tuhr S. 329.

394) Sauer-Hall in Hukuk Fakültesi mecmuasi Bd. 50 S. 1057, Sabri Şakir S. 124.

nung einzusetzen, nämlich die der zukünftigen Gestaltung der Arbeitskraft und der Erwerbsfähigkeit.[395])

Eine Abweichung vom deutschen Recht bildet die in Art. 46, Abs. 2 getroffene Bestimmung, die dem Richter die Befugnis zuspricht, im Falle, daß die Folgen der Verletzung sich noch nicht mit Sicherheit feststellen lassen, sich die Abänderung des Urteils binnen zwei Jahren vorbehalten zu können. Diese Frist ist vom Tage des Urteils an zu rechnen. Es taucht nun die Frage auf, ob das Urteil der ersten Instanz oder das der Revision maßgebend sei.[396]) M. E. ist das Urteil der 1. Instanz als maßgebend zu erachten, denn nur der Richter, der dieses Urteil gefällt hat, ist in der Lage, die Folgen der Nachteile zu prüfen. Diese Vorschrift hat zur Folge, daß der Geschädigte schon, bevor die Folgen des schädigenden Ereignisses abgeschlossen sind, Ersatz für seinen Schaden verlangen kann und nicht die manchmal sehr lange Entwicklung der Umstände abzuwarten braucht.

Es muß auf die Minderung der Erwerbsfähigkeit in dem von dem Verletzten ausgeübten Beruf Rücksicht genommen werden. Außerdem ist aber auch der Möglichkeit einer Berufsänderung Rechnung zu tragen und zwar 1. wenn die Verletzung ausgeblieben wäre, könnte der Verletzte einen noch lohnenderen Beruf wählen und 2. muß die Möglichkeit abgewogen werden, ob er einen anderen Beruf wählen kann und wie die Verletzung, die ihn in seinem jetzigen Beruf hindert, sich in seinem neuen Beruf auswirken würde.

In der Schweiz hat sich in der Rechtsprechung[397]) eine gewisse abstrakte Bemessung des Grades der Arbeitskraftverminderung ausgebildet, wonach z. B. durch den Verlust eines Auges eine Einbuße von 1/3 angenommen wird.[398]) Der Art. 46 enthält eine Klausel „Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens", die die Fälle in sich schließt, die das BGB. unter „Vermehrung der Bedürfnisse" in § 842 versteht.

5. Ersatzansprüche Dritter.

Das TOG. gewährt auch grundsätzlich nur demjenigen, der von dem schädigenden Ereignis unmittelbar betroffen wird und seinem gesetzlichen Nachfolger einen Ersatzanspruch. Nach diesem Prinzip haben die Gläubiger, wenn das Vermögen oder die Erwerbsfähigkeit ihrer Schuldner beeinträchtigt wurde, nicht etwa deswegen gegen den Täter einen Ersatzanspruch, weil ihre Aussichten, zu ihrem Recht zu kommen, beeinträchtigt wurden.[399])

395) Oser Bem. 8 Art. 46.
396) Eine Berufung gibt es in dem türkischen Zivilprozeßgesetz nicht.
397) Bundesgerichtsentscheidung Bd. 34, II, S. 231.
398) Oser Anm. 12 zu Art. 46.
399) Sauser-Hall S. 1055.

In Fällen, in denen durch Nicht- oder Schlechterfüllung der Verträge einem Dritten Schaden erwächst, ist die Sachlage dieselbe wie im deutschen Recht. Von Tuhr hat seine in Deutschland sehr umstrittene Ansicht in der Schweiz durchgesetzt. Er ist der Meinung,[400]) daß, wenn auch der Schuldner die Beteiligung eines Dritten in der Sachlage nicht kannte, er Ersatz leisten muß. Becker[401]) setzt für die Anerkennung eines solchen Anspruchs die Kenntnis des Schuldners beim Abschluß des Rechtsgeschäftes, daß ein Dritter an der Sachlage beteiligt ist, voraus. In diesem Streit ist von Tuhr Recht zu geben, denn gegen seine Beweisführung „Warum soll z. B. der Verkäufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung schulden, wenn er weiß, daß der Käufer das Geschäft auf Rechnung des X schließt, und nicht haften, wenn er glaubt, daß der Käufer für sich selbst kauft?" ist kein stichhaltiger Gegenbeweis gebracht worden. Von Tuhr vertritt in der Schweiz auch die Ansicht, daß der Gläubiger den Drittschaden nur an den geschädigten Dritten verlangen könne, nicht aber an sich selbst. Er erachtet dies nur dann für möglich, wenn der Gläubiger mit der Wahrung seiner Interessen von dem Dritten beauftragt ist, oder wenn der Richter mit der Überzeugung, daß die Ersatzsumme zur Entschädigung des Dritten verwendet wird, die Abfindung an den Gläubiger anordnet.

Aus Delikt steht ein Ersatzanspruch, wie oben gesagt, nur dem unmittelbar Betroffenen zu, dem Dritten dagegen, der nur mittelbar geschädigt wird, steht kein Recht zu. Eine Ausnahme ist dagegen in Art. 45 vorgeschrieben. Daß in Abs. 1 die Beerdigungskosten dem Schädiger auferlegt werden, ist bereits oben gesagt. In Abs. 2 werden die Ansprüche behandelt, die sich von dem Getöteten herleiten, wenn er nicht sofort nach der Verletzung gestorben ist. Abs. 3 dagegen stellt einen neuen selbständigen[402]) Anspruch auf. In der Schweiz hat dieser Absatz folgenden Wortlaut: „Haben andere Personen durch die Tötung ihren Versorger verloren, so ist auch für diesen Schaden Ersatz zu leisten." Die türkische Übersetzung weicht hiervon etwas ab: „Wenn andere infolge der Tötung die Hilfeleistung entbehren müssen, so muß die Ersatzpflicht auch deren Schaden erfassen." Das Wort Helfer ist noch genereller als Versorger, denn das Wort Versorger deutet auf ein tieferes Abhängigkeitsverhältnis als das Wort Helfer. Nach der türkischen Literatur[403]), die, wie mir scheint, diesen Unterschied nicht oder nicht genügend hervorhebt, muß diese Hilfe eine regelmäßige und tatsächliche sein. Das Wort Hilfe hebt noch deutlicher hervor, daß es nach dem türkischen Recht nicht wie nach deutschem Recht sich

400) von Tuhr „Allg. Teil, des schweiz. O.R." S. 509.
401) Bem. 21 zu Art. 97.
402) Oser, Anm. 8.
403) Sabri Şakir, S. 124; A. Samin, S. 181.

notwendig um eine rechtliche, gesetzliche Verpflichtung zum Unterhalt zu handeln braucht, sondern auch um freiwillige, regelmäßige, tatsächliche Gaben. Nach den schweizerischen bundesgerichtlichen Entscheidungen[404]) sind die Ersatzberechtigten nicht die rechtlichen Familienmitglieder, sondern die tatsächlich mit dem Getöteten zusammen Wohnenden. Wenn diese Personen aber durch den eingetretenen Tod einen Vermögenszuwachs erhalten, so daß sie nicht mehr die Hilfe eines anderen benötigen, wenn sie z. B. von dem Getöteten erben, so erwächst ihnen kein vermögensrechtlicher Nachteil, und deswegen können sie auch nicht einen aus Art. 45, III, hergeleiteten Ersatzanspruch geltend machen.

Das schweizerische Bundesgericht[405]) hat sich mit dem Reichsgericht übereinstimmend für die Nichtanrechnung der Versicherungssumme auf diesen Anspruch entschieden. Zur Begründung führt das Bundesgericht aus, daß es nicht gerecht wäre, wenn die Prämien, die der Getötete gezahlt hat, dazu dienen sollen, die Ersatzpflicht des Mörders zu beseitigen oder zu mindern.[406])

Bezüglich der Konkurrenz des Ersatzanspruchs mit einer anderen Unterhaltspflicht oder einem tatsächlich gewährten Unterhalt und bezüglich des Umfangs der in diesem Fall zu gewährenden Ersatzpflicht gilt für das türkische Recht das gleiche wie das für das deutsche Recht Gesagte.

Das schweizerische Recht kennt im Gegensatz zu dem deutschen keinen Ersatzanspruch desjenigen, der von dem Getöteten oder Verletzten Dienstleistungen in seinem Hauswesen oder Gewerbe zu erwarten berechtigt war. Mit der Ersetzung des Wortes „Versorger" durch „Helfer" gibt der türkische Text Anhaltspunkte zur Annahme einer solchen Ersatzpflicht, aber nur für den Fall der Tötung des Dienstleistenden, nicht aber im Falle seiner Verletzung oder Entziehung der Freiheit, denn der Art. 45 regelt nur als besonderen Fall den des Todes.

6. Festsetzung der Höhe des Schadensersatzes.

Das bisher Gesagte ist das, dessen Einbeziehung in den Schadensersatz gesetzlich bewilligt und gebilligt ist. In einem Normalfall muß der Schadensersatz diesen Umfang haben. Das türkische Gesetz aber gibt dem Richter in Art. 43 abweichend von dem deutschen die Befugnis, den Umfang des Schadensersatzes unter Berücksichtigung der Umstände und

404) Bd. 15 S. 310; Bd. 20 S. 279.
405) BGE. Bd. 53, II, S. 498 ff.
406) Dieselbe Begründung führt auch Leonhard (siehe oben S. 94 f.) bei seinen Ausführungen bezüglich der Nichtanrechnung der Ansprüche und Vorteile aus Versicherungsverträgen auf den Schadensersatz an.

der Schwere des Verschuldens zu bestimmen. Es gibt also kein gleiches Wertverhältnis für alle Schadensersatzfälle zwischen dem Schaden und seinem Ersatz. Dies gilt sowohl für die Fälle der unerlaubten Handlung als auch für die der vertragswidrigen Handlungen, denn die Grundsätze der unerlaubten Handlung bezüglich der Haftung sind nach der ausdrücklichen Verweisung des Art. 98, II auch für die Fälle vertragswidrigen Verhaltens anzuwenden.

Das türkische Gesetz hat in Art. 43 wieder ein Wort von dem schweizerischen abweichend gewählt: Der schweizerische Text lautet: „Größe des Ersatzes", im türkischen Gesetz heißt dies: „Grad des Umfangs des Ersatzes". In der Schweiz wird das Gesetz so ausgelegt, wie das türkische Gesetz es ausdrücklich schreibt. Der Schadensersatz wird nicht nur durch den Schaden, sondern auch durch außerhalb desselben liegende Momente mitbestimmt.[407]) Zu diesen Momenten gehören sowohl die objektiven als auch die subjektiven. Von den subjektiven Momenten muß das Verschulden sogar berücksichtigt werden,[408]) und zwar die Schwere des Verschuldens. Es ist diesem Prinzip vorgeworfen worden, daß mit der Berücksichtigung der Schwere des Verschuldens der Schadensersatz einen strafrechtlichen Charakter bekomme.[409]) Dieser Vorwurf ist ungerecht. Voraussetzung der obersten Grenze des Ersatzes ist jedenfalls der Schaden, denn der Ersatz darf die Höhe des Schadens nicht überschreiten. Zu dieser Beweisführung, die Oser[410]) macht, ist noch hinzuzufügen, daß, wenn die Schwere des Verschuldens nicht mit berücksichtigt wäre,[411]) der Schädiger den ganzen Schaden ersetzen müßte. Also wird durch Berücksichtigung seines Verschuldens seine Haftung gemildert. Zudem führt von Tuhr[412]) noch aus, daß es das Prinzip des Gesetzes sei, den Schaden dann zu ersetzen, wenn ein Verschulden vorliege. Es könne unter Umständen das Verschulden eine solche leichte Fahrlässigkeit sein, daß die Grenze zwischen ihr und der Schuldlosigkeit ganz unsicher sei. Von Tuhr fügt hinzu, daß die Ersatzpflicht für den Täter wie eine Strafe wirke, weil sie sein Vermögen vermindere und ihn bisweilen härter treffe als eine Strafe. Es ist m. E. eine logische Folge des Verschuldensprinzips im Schadensersatzrecht, daß auch die Schwere des Verschuldens zu berücksichtigen ist. Der Gedanke, der zu der Annahme führt, daß der schuldlose Täter den Schaden gar nicht zu tragen hat, rechtfertigt auch den Gedanken, daß derjenige, der wenig Schuld hat, auch

407) Oser, Anm. 2.
408) Fick Anm. 37 zu Art. 43.
409) von Tuhr S. 88; Burckhardt S. 497.
410) Bem. II zu Art. 43.
411) wie es im deutschen Recht der Fall ist.
412) S. 88.

weniger haften soll als derjenige, dessen Verschulden sehr schwer ist. Es muß also, folgerichtig vom Verschuldensprinzip ausgegangen, die Haftung mit dem Verschulden parallel laufen. Burckhardt sagt:[413]) „Es mag auf den ersten Blick hart erscheinen, wenn der Geschädigte einen Teil des ihm zugefügten Schadens selbst tragen soll. Für den Beschädiger ist es noch viel härter, wenn er einen kleinen Fehler vielleicht mit seinem ganzen Vermögen büßen muß. Vom Standpunkt des Verletzten aus ist die Abstufung nach dem culpa-Momente psychologisch berechtigt, denn ein aus leichtem Versehen zugefügter Schaden wird meist leichter empfunden als ein dolos oder grobfahrlässig zugefügter, aber auch pädagogisch und als Mittel im Kampf gegen das Unrecht ist die Berücksichtigung der Grade des Verschuldens am Platze."

Außer der Schwere des Verschuldens hat der Richter auch die Umstände zu würdigen. Unter diese Umstände fallen auch die Besonderheiten und insbesondere die dem Täter unbekannte Empfindlichkeit des geschädigten Gegenstandes. Der hohe Wert eines Luxusgegenstandes braucht nicht ganz ersetzt zu werden. Die Beschaffenheit des Angriffsmittels, die Person des Schädigers, die beiderseitige Vermögenslage sind auch zu berücksichtigende Umstände.

Die Höhe des zu leistenden Ersatzes darf die Größe des Schadens nicht übersteigen. Jede Klage, die auf einen höheren Ersatz lautet, ist zurückzuweisen. Wurde in Unkenntnis ein höherer Ersatz als der entstandene Schaden geleistet, so wird eine Klage auf Rückerstattung nach Maßgabe der Art. 61 ff. begründet. Dagegen wird aber von manchen anderen[414]) die Meinung vertreten, daß der Richter an die Klage, aber nicht an die richtige Höhe des abgeschlossenen Schadens gebunden sei, d. h. er könne nicht einen größeren Ersatz als geklagt wurde, aussprechen, aber wohl könne die Klage und das Urteil auf eine größere Summe als den entstandenen Schaden lauten. Dies trifft soweit zu, als eine neue Entwicklung und dadurch ein neuer Schaden in Zukunft zu erwarten ist. Damit ist aber doch nicht gesagt, daß der Richter an den Schaden nicht gebunden sei, im Gegenteil, er ist an die Größe des Schadens in dem Sinne gebunden, als es sich um die Gesamtheit des schon abgeschlossenen und in Zukunft zu erwartenden Schadens handelt.

Im türkischen Text des Art. 43 fehlen die Worte „für den eingetretenen". Dadurch wird der Wortlaut des Artikels folgender: „Der Richter bestimmt den Grad des Umfangs und die Art des Schadens unter Würdigung der Umstände und der Schwere des Verschuldens." Diese Ausdrucksweise weist deutlich darauf hin, daß für den Ersatz auch die zukünftige Gestaltung zu berücksichtigen ist

413) S. 497.
414) u. a. Hacı Adil S. 274.

und der Schadensersatz die Summe des schon eingetretenen und zu erwartenden Schadens einschließt. Dieser ist sicherlich größer als der eingetretene, aber nicht größer als der Schaden überhaupt, denn zum Schaden gehört auch der künftige, der zu erwartende Schaden. Der Richter hat das zuviel Geforderte vom Grundsatz der Vorteilsausgleichung aus, daß der Schadensersatz den Geschädigten nicht bereichern soll, abzuweisen.

Oser[415]) meint, daß leichtes Verschulden im Falle der bloßen Kausalhaftung wie z. B. bei der Haftung des Tierhalters, des Geschäftsherrn u. a. nicht die Folge habe, daß die Ersatzpflicht vermindert werde. Nach dem schweizerischen Gesetz ist die Haftung des Geschäftsherrn nach Art. 55, des Tierhalters nach Art. 56 nicht bloße Kausalhaftung, sondern, wie sich auch an der Entlastungsmöglichkeit erweist, eine — lediglich durch Umkehrung der Beweislast besonders gestaltete — Verschuldungshaftung.[416]) Nach einer von Burckhardt entwickelten und von Oser[417]) vertretenen Meinung soll die Haftung des Geschäftsherrn nach Art. 55 keine Verschuldungs-, sondern eine durch Entlastungsbeweis gemilderte Kausalhaftung sein. Von Tuhr gibt[418]) diese Theorie wieder, äußert sich jedoch an einer anderen Stelle[419]) dagegen, indem er sagt: „Die Haftung des Art. 55 beruht auf einem präsumtiven Verschulden des Geschäftsherrn . . ." Es liegt außerhalb des Aufgabenbereichs dieser Arbeit, näher zu untersuchen, ob es sich hier um eine Verschuldungs- oder bloße Kausalhaftung handelt. Es soll nur gesagt sein, daß die Beweisführung Burckhardts[420]) und Osers,[421]) daß in vielen Fällen der Geschäftsherr wegen Beweisnotstand den Schaden tragen müsse, wenn er auch die nötige Sorgfalt verwendet habe, nicht für die Annahme einer Kausalhaftung spricht, denn dies wird in allen Fällen der Beweisumkehr infolge der Vermutung des Gesetzgebers zu sagen sein. Sogar der durch eine unerlaubte Handlung Geschädigte muß, wenn er den Beweis für das Verschulden nicht erbringen kann, den Schaden selbst tragen. Dies spricht aber nicht dafür, zu sagen, daß das Gesetz hier von der Haftung des schuldhaft handelnden Täters abgesehen habe.[422]) Die zweite Beweisführung der Gegner der hier vertretenen Ansicht, daß der Geschäftsherr auch dann hafte, wenn er durch Krankheit, Unfall usw. verhindert war und deswegen die nötigen Maßnahmen nicht treffen konnte, ist auch nicht überzeugend. Denn von einem vorsichtigen und sorgfältigen Geschäftsherrn ist zu erwarten, daß er auch mit der Möglichkeit seiner persönlichen Ver-

415) Anm. 4.
416) von Tuhr „Allgemeiner Teil des SOR." S. 525.
417) Bem. V, 1, zu Art. 55.
418) S. 353.
419) S. 525.
420) S. 541.
421) Anm. V, zu Art. 55.
422) Fick Anm. 15.

hinderung rechnet und auch für diesen Fall die nötigen Vorsichtsmaßnahmen, die zur Verhinderung eines Schadens notwendig sind, trifft. Wenn er das versäumt hat, so kann er nicht als völlig schuldlos angesehen werden. Die Vermutung des Gesetzes, daß ein Verschulden vorliege, trifft also auch dann zu.

Die Haftung gemäß Art. 100 TOG. (101 SOG.) für Hilfspersonen ist für den Geschäftsherrn eine Haftung ohne Verschulden. Es führt dabei aber zu schweren und geradezu unannehmbaren Ergebnissen, wenn man annehmen wollte, daß auch auf Seiten der Hilfspersonen, der Täter selbst, kein Verschulden zu liegen braucht. Von Tuhr sagt:[423]) „Warum soll bei einem gänzlich unverschuldeten Wagenunfall der Fuhrhalter haften, wenn er den Wagen durch seinen Knecht lenken läßt, während er nicht haften würde, wenn ihm selbst derselbe Unfall zugestoßen wäre?" Zu dieser Erwägung kann hinzugefügt werden, daß selbst der Schädiger, wenn kein Hintermann da wäre, nicht haften würde. Aus diesem Gedanken heraus verlangt die herrschende Lehre[424]) in der Schweiz mindestens ein Verschulden des Gehilfen. In der Türkei schließt sich die Literatur[425]) auch der herrschenden schweiz. Lehre an. Der Geschäftsherr kann sich also auf das leichte Verschulden seiner Hilfspersonen berufen und deswegen die Ermäßigung des Schadensersatzes beanspruchen.

Die obige Erwägung kann aber nicht immer dazu führen, daß da, wo der Hilfsperson kein Verschulden vorzuwerfen ist, auch die Haftung des Geschäftsherrn auszuschließen sei. Unter Umständen muß, auch wenn ein Verschulden der Hilfsperson fehlt, die Ersatzpflicht des Geschäftsherrn bejaht werden. Ich denke dabei an folgende Fälle: Der Erfüllungsgehilfe ist, wie dem Geschäftsherrn bekannt war oder bekannt sein mußte, ein Unzurechnungsfähiger, dem kein Verschulden vorgeworfen werden kann; das Werkzeug, mit dem der Gehilfe die Verbindlichkeit zu erfüllen hat, ist ein unbrauchbares und gefährliches, so daß der Gehilfe mit größter Sorgfalt den eingetretenen Schaden nicht hindern konnte. In diesen beiden Fällen haftet m. E. der Geschäftsherr, da ihn selbst ein Verschulden trifft. Zusammenfassend kann gesagt werden, daß bei den Fällen, bei denen der Hilfsperson kein Verschulden vorgeworfen werden kann, eine Ersatzflicht des Geschäftsherrn nur vorliegen kann, wenn ihn ein eigenes Verschulden trifft. Wenn also Sabri Şakir[426]) im Anschluß

423) S. 526.

424) von Tuhr S. 526; Fick Anm. 17 zu Art. 101; dagegen Oser Anm. 12 zu Art. 101, allerdings muß Oser auch zugeben, daß das Verschulden im Innenverhältnis, im Verhältnis des Schädigers zum Geschäftsherrn, von Bedeutung ist.

425) Hacı Adil, S. 331; A. Samim S. 191.

426) Sabri Şakir, S. 243.

an Schneider[427]) behauptet, daß der Geschäftsherr auch dann für die Schäden, die durch seinen Erfüllungsgehilfen herbeigeführt worden sind, zu haften habe, wenn der Gehilfe geisteskrank, also unzurechnungsfähig sei und deswegen ihm kein Verschulden vorgeworfen werden konnte, so kann dieser Meinung nur mit der oben dargelegten Einschränkung zugestimmt werden.

II. Arten des Schadensersatzes.

Für die Art des Schadensersatzes hat das türkische Recht auch keinen Grundsatz ausgesprochen. Der Richter muß die Art unter Berücksichtigung der Umstände und des Verschuldensgrades bestimmen.[428]) Der Verschuldungsgrad kann in dieser Beziehung weniger maßgebend sein. Nur dann kann er in Frage kommen, wenn der Richter sich für eine, dem Schuldner nachteilige Entschädigungsart entscheiden will. Der Richter hat die nach der Beschaffenheit des Schadens und den Verhältnissen der Parteien zweckmäßigste und am beste durchführbare Art des Schadensersatzes zu wählen.[429])

Es kommt in Frage jede überhaupt denkbare Art, darunter auch die Naturalherstellung und Geldersatz. Es wird meistens[430]) auch die Publikation des Urteils als eine Entschädigungsmethode angeführt. Wie Im Hof mit Recht sagt, kann die Publikation des Urteils jedoch den eingetretenen Vermögensschaden nicht beseitigen, höchstens vielleicht weiteren Schaden vermeiden. Das ist aber nicht der Sinn des Schadensersatzes.[431]) Eine Publikation kann entweder, um Genugtuung zu schaffen, oder um drohenden zukünftigen Schaden zu vermeiden, angewandt werden.[432])

Als Geldersatz kann sowohl Rente wie auch Kapitalleistung in Frage kommen. Die Feststellung, ob die Geldsumme oder Rente eine Geldentschädigung oder Naturalherstellung darstelle, ist für das türkische Recht nicht von solcher Wichtigkeit wie für das deutsche Recht: Nach dem deutschen Recht ist die Naturalherstellung im Grundsatz und Geldersatz nur in Ausnahmefällen möglich. Deswegen ist es von Bedeutung, festzustellen, ob die in Frage kommende Geldsumme als regelmäßige Entschädigung verlangt werden kann, oder als Aus-

427) Anm. 12 zu Art. 55.

428) Die ältere schweiz. Lehre verstand unter dem Ausdruck „Art des Schadensersatzes" nur die Unterarten des Geldersatzes, Burckhardt S 492.

429) Diese Freiheit des Richters hat neben dem erheblichen Vorteil leichterer Anpassung des Ersatzes an die jeweiligen Umstände doch auch nicht zu unterschätzende Nachteile. Vgl. über diese v. Tuhr Allg. Teil des SOR. S. 95 Anm. 2, andererseits aber auch S. 96 Anm. 7.

430) Siehe die bei Im Hof S. 22 zitierte Literatur.

431) Siehe die Ausführungen bezüglich der wiederherstellenden Unterlassungsklage oben S. 73.

432) Im Hof S. 25.

nahme, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind. Nach dem türkischen Recht kommt eine solche Unterscheidung nicht in Betracht. Beide und andere mögliche denkbare Arten des Schadenersazes kommen für den richterlichen Entschluß gleichwertig in Frage. Deswegen können die Ausdrücke so verwandt werden, daß für die Fälle, wo die Entschädigung durch Geldleistung erfolgt, von einer Geldentschädigung und in den Fällen, wo keine Geldleistung erfolgt, von Naturalherstellung gesprochen wird.

Die als Ersatz zu leistende Geldsumme kann von mehreren Gesichtspunkten aus festgestellt werden. Sie kann die zur Herstellung erforderliche Geldsumme sein.[433]) Die Kosten der Herstellung können sowohl vor als nach derselben, wenn sie durch den Geschädigten im voraus getragen wurden, verlangt werden.[434]) Die Summe für Geldentschädigung kann auch nach dem im Vermögen des Geschädigten entstandenen Verlust berechnet werden. Danach ist der Schadensersatz nach dem objektiven oder gemeinen Wert[435]) zu bestimmen. Das ist der Wert, zu dem sie der Eigentümer dieser Sache hätte verkaufen können. Mandl[436]) sieht mit Recht bei dieser Art von Geldleistungen eine verwandte Art der Naturalherstellung in genere, d. h. das Ersetzen einer Gattungssache durch eine andere von derselben Gattung. Als eine dritte Möglichkeit kommt der Interessenersatz als eigentlicher Geldersatz in Betracht, der nach den oben[437]) für das deutsche Recht angegebenen Grundsätzen und Methoden zu bestimmen ist.

Rente ist manchmal als eine Art der Naturalherstellung zu betrachten, wie in dem Fall, daß den Hinterbliebenen die Rente für entzogene Hilfe geleistet wird.[438]) Außerdem kann ein reiner Geldersatz in Form einer Rente gewährt werden. Dem steht nach Art. 43 gar nichts im Wege. Eine Kombination von mehreren Entschädigungsarten ist auch zulässig.[439])

Die Naturalherstellung hat als Ziel, denjenigen Zustand tatsächlich herzustellen, der bestehen würde, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre. Der Geldersatz dagegen bezweckt, das beschädigte Gut wieder auf dieselbe Höhe zu bringen, die bestünde, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre. Die Naturalherstellung ist die idealste Lösung des Schadensersatzes. In manchen Fällen kann der Naturalherstellung neben der Ersatzfunktion eine schadenverhütende Wirkung zukommen, indem die Voraussetzungen zur Entstehung eines weiteren Schadens durch sie vernichtet werden.

433) Dasselbe wie oben S. 249 Satz 2 BGB. siehe oben S. 59.
434) von Tuhr S. 96.
435) von Tuhr S. 97.
436) Mandl S. 17.
437) Seite 66 ff.
438) Siehe oben S. 68 ff.
439) A Samim S. 175.

Diese doppelte Funktion gibt unter Umständen den Ausschlag dafür, daß der Richter die Naturalherstellung vorzieht.

Über die Einzelheiten und Besonderheiten dieser Arten von Entschädigung gilt das oben für das deutsche Recht Gesagte.

Wenn mehrere von den Entschädigungsarten zugleich und gleichwertig in Frage kommen, so wird der Richter dem Wunsche des Beschädigten Rechnung tragen.[440]) Daß aber der Richter auch die Lage des Schädigers berücksichtigen muß, ergibt sich aus dem Wort „Umstände" und aus Art. 43, Abs. 2 . Es kann Naturalherstellung bewilligt werden, wie Lieferung eines anderen Exemplars an Stelle des beschädigten, Befreiung des Geschädigten von dem durch das schädigende Ereignis herbeigeführten und ihn belastenden Forderungsrecht. Aber abgesehen davon, daß in sehr vielen Fällen Naturalherstellung nicht möglich ist, empfiehlt auch die Einfachheit der Vollstreckung[441]) und die Möglichkeit der Ermäßigung des Schadensersatzes (z. B. wegen der Schwäche des Verschuldens) den Geldersatz.[442]) Deswegen hat die Naturalherstellung auch nirgends eine große Bedeutung erlangt.[443]) Im Hof erinnert an eine andere Art der Ersatzleistung als Naturalleistung. Er gibt folgendes Beispiel: Ein Bauer, der die Katze eines anderen getötet hat, gibt diesem einen Scheffel Kartoffeln dafür oder hilft ihm ein paar Stunden bei der Arbeit. Um diese Art von Leistungen von den eigentlichen Naturalersatzleistungen zu unterscheiden, hebt Im Hof ihren Charakter als spezifisches Äquivalent des Geldwertes hervor und sieht in der eigentlichen Naturalherstellung noch einen höheren Grad der Gleichartigkeit mit dem Schaden, der bei der anderen Art fehlt. M. E. liegt in dem von Im Hof als eine naturale Schadensersatzform ohne Gleichartigkeitscharakter bezeichneten Fall überhaupt keine Schadensersatzeigenschaft vor, ich würde dies vielmehr als ein Versöhnungsmittel bezeichnen, wodurch der Geschädigte auf das Verlangen des Schadensersatzes verzichtet. Bezeichnend ist, daß vom Richter ein solcher Schadensersatz auch nicht angeordnet werden kann.

III. Genugtuung.

Wie oben S. 104 dargelegt, versteht das neue türkische Recht unter Schaden nur den Vermögensschaden. Wenn im Gesetz aus Mangel an einem geeigneten Ausdruck statt Genugtuung das Wort ideelle Entschädigung verwendet wird, so ist damit doch das gleiche gemeint, was das SOG. unter Genugtuung versteht. Deswegen ist es zweckmäßig, auch hier von Genugtuung zu sprechen.

---

440) von Tuhr S. 95.
441) von Tuhr S. 96.
442) Burckhardt S. 492.
443) Im Hof S. 20.

Unter dem stärkeren Einfluß des französischen Rechts hat das SOG. und dadurch das türkische Recht zu dieser Frage eine entscheidend andere Stellung als das deutsche Recht eingenommen.[444]) Der Begriff eines ideellen Schadens findet sich schon in den Entscheidungen des 17. und 18. Jahrhunderts der französischen Gerichte.[445]) Der Code Napoléon hat in den §§ 1382 und 1383 Grundsätze für die Entschädigung solcher Schäden festgestellt. Unter dem Einfluß dieses Rechtsgedankens spricht das türkische Recht im Art. 24 des ZG. den Grundsatz aus, daß derjenige, der in seinen persönlichen Verhältnissen verletzt wird, von dem Richter das Verbot der Störung verlangen kann. Das geschützte Gut heißt im türkischen Gesetz „persönliches Interesse". Dieser Ausdruck ist als verunglückt zu bezeichnen. Er ist vom französischen Text „intérêts personels" übersetzt. Der deutsche Ausdruck „persönliche Verhältnisse" ist der geeignetste, denn der Gegenstand des Schutzes ist die Persönlicheit ganz und als solche und zwar nicht nur die Rechtspersönlichkeit, sondern die leibliche, geistige und soziale Individualität.[446])

Durch die Grundregel des Art. 24 Abs. 1 wird im türkischen Recht also ein Schutz des gesamten persönlichen Rechts begründet. Der Absatz 2 des Art. 24 aber beschränkt die Möglichkeit der Klage auf die Entrichtung einer Geldsumme als Genugtuung oder Schadensersatz auf bestimmte Fälle. Diese Fälle sind nicht allzu zahlreich. Die Art. 25, II, 85, 143, II, 305 des TZG. und die Art. 47 und 49 des TOG. lassen eine Klage auf Genugtuung zu. Im Art. 25, II gewährt das TZG. abweichend vom deutschen BGB. demjenigen, dessen Namensrecht verletzt wurde, wenn die Art der Beeinträchtigung es rechtfertigt, eine Klage auf Zahlung einer Geldsumme als Genugtuung. Dies kann z. B. demjenigen, dessen Name auf ein unsittliches Geschäft verwendet wurde, zustehen. Nach Art. 85 TZG. (Art. 93 SZG.) steht dem Richter die Befugnis zu, dem Verlobten, dessen Verlobung ohne sein Verschulden in die Brüche gegangen ist und der dadurch in seinen persönlichen Verhältnissen leidet, bei Schuld des anderen Verlobten eine passende Genugtuung zuzusprechen. Der Unterschied dieser Vorschrift gegenüber § 1300 BGB.[447]) liegt auf der Hand. Hier kommt es überhaupt nicht darauf an, ob es zwischen den Verlobten zu einem Geschlechtsverkehr gekommen ist, ob der Klagende unbescholten war oder nicht. Auf Genugtuung kann unter den nötigen Voraussetzungen sowohl der Bräutigam als auch die Verlobte klagen. Ob eine schwere Verletzung der persönlichen Güter vorliegt oder nicht, ist von dem Richter zu bestimmen. Einen dem BGB. völlig unbekannten Anspruch bildet auch der An-

444) Ebbecke S. 19.
445) Hacı Adil S. 293.
446) Egger Bem. 22 zu § 28.
447) Siehe oben S. 71.

spruch auf Genugtuung des bei der Scheidung schuldlosen Ehegatten, wenn die zur Scheidung führenden Umstände für ihn eine schwere Verletzung der persönlichen Verhältnisse bilden (Art. 143 TZG., Art. 151 SZG.). Hier kann auch der Anspruch für beide Ehegatten in Frage kommen. Die herrschende Lehre[448]) in der Schweiz bejaht auch den Anspruch gegen einen Dritten, der die zur Scheidung führenden Umstände mit herbeigeführt hat.

In dem Art. 305 TZG. (Art. 318 SZG.) wird für die Mutter eines unehelichen Kindes ein Anspruch auf Genugtuung gegen den Vater anerkannt; der Anspruch ist aber nur dann begründet, wenn der Vater der Mutter die Ehe versprochen hatte oder sich mit der Beiwohnung eines Verbrechens an ihr schuldig gemacht hatte, ebenso dann, wenn er die ihm über sie zustehende Gewalt mißbrauchte oder wenn sie zur Zeit der Beiwohnung noch nicht mündig war. Diese Bestimmung ähnelt dem § 847 BGB. Bei den oben erwähnten Voraussetzungen des Anspruchs aus Art. 305 TZG. handelt es sich um schwere Angriffe auf die persönlichen Güter. Daher wäre der Genugtuungsanspruch auch durch die allgemeine Vorschrift des Art. 49 gegeben. Das Vorhandensein des Art. 305 könnte es deswegen so erscheinen lassen, als ob es, wenn es zu keiner Schwangerschaft käme, wegen einer erzwungenen verbrecherischen oder durch Mißbrauch des Heiratsversprechens, der Minderjährigkeit, oder durch Gewalt vollzogenen Beiwohnung keinen Anspruch auf Genugtuung gäbe.[449]) Dies kann aber nicht das vom Gesetzgeber erwünschte Ergebnis sein. Es ist vielmehr dem Art. 305 eine auf diese Stelle beschränkte Bedeutung beizumessen. Es soll nicht der Frau, die „unter besonders schwerem Verschulden" zur Beiwohnung bestimmt wurde, der Anspruch auf Genugtuung verneint werden, sondern der Frau, die in uneheliche Schwangerschaft gerät, ein Genugtuungsanspruch nur in diesen Fällen, nicht aber auch dann, wenn sie volljährig ist und der Beiwohnung zugestimmt hat, gewährt werden.

Eine andere spezielle Vorschrift für die Zulassung der Genugtuung ist der Art. 47 TOG. Er umfaßt zwei Fälle. Soweit er das Schmerzen- oder Narbengeld bei Körperverletzung behandelt, ist dieser Anspruch auch dem BGB. in § 847 bekannt. Einen dem deutschen Recht fremden Anspruch bildet dagegen der Anspruch der Angehörigen des Getöteten. Als Angehörige gelten die, die dem Gestorbenen nahe standen und durch seinen Tod berührt sind. Die Genugtuung soll ihren Schmerz stillen helfen. Dabei ist die Familienzugehörigkeit nicht unbedingt notwendig. Das schweizerische Bundesgericht[450]) erkennt einen solchen Anspruch der Verlobten wegen des Todes des Verlobten und des Schwängerers an. Das Bundesgericht trägt in

448) Egger Anm. 11 zu Art. 151.
449) Ebbecke S. 21.
450) BGE. Bd. 56 S. 460.

diesem Urteil den Sorgen der schwangeren Braut für die Zukunft ihres Kindes, dessen Vater getötet worden ist, Rechnung und gibt dies als Grund zur Anerkennung eines Genugtuungsanspruchs an. Diese Ansicht ist m. E. unrichtig. Denn daß das Kind in seinem Vater auch seinen Versorger verloren hat, kann einen Grund zur Anerkennung eines Anspruchs auf Schadensersatz gemäß Art. 45 bilden, aber nicht zur Begründung dafür angegeben werden, seiner Mutter eine Genugtuung zu gewähren. Denn die Begründung für Genugtuung sind immaterielle Schäden, nicht materielle Sorgen.

Der Anspruch auf Genugtuung besteht aber nicht schlechthin, sondern er hängt von der Würdigung besonderer Umstände ab. Damit wird dem Richter bei der Festsetzung der Genugtuung wieder ein großer Ermessensspielraum gelassen. Es sind außer den beim Schadensersatz allgemein wirkenden Umständen auch die Größe des zugefügten körperlichen oder seelischen Schmerzes zu berücksichtigen. Die anderseits z. B. durch die Bestrafung des Täters erlangte Genugtuung kann auch bedeutungsvoll sein.[451])

In Art. 49 ist eine allgemeine Vorschrift für Genugtuung gegeben, die sie in allen Fällen zuläßt, wo ein besonders schwerer, verschuldeter Angriff auf die persönlichen Verhältnisse vorliegt. In diesem Artikel ist wieder eine Abweichung vom schweizerischen Text zu bemerken. Das TOG. macht den Anspruch auf Genugtuung nur von der Schwere des Verschuldens abhängig, während er im SOG. sowohl von der Schwere des Verschuldens als auch von der Schwere der Verletzung abhängt. Daß die Schwere der Verletzung für die Größe der der Genugtuung entsprechenden Geldsumme ausschlaggebend ist, ist selbstverständlich. Der türkische Text schließt dies nicht aus. Dagegen ist nach dem schweizerischen Text der Anspruch auf Genugtuung von der besonderen Schwere der Verletzung abhängig.[452]) Es soll also, wenn das Verschulden auch noch so schwer ist, für eine kleine Beleidigung keine Genugtuung ausgesprochen werden können. Der türkische Text hebt diese Einschränkung auf.

Es ist festzustellen, daß die Art. 24, Abs. 2 TZG. und Art. 49 TOG. nicht übereinstimmen.[453]) Art. 24 des TZG. will nur in den Fällen, wo das Gesetz es ausdrücklich anordnet, die Genugtuungsklage zulassen, der Art. 49 TOG. aber läßt sie allgemein zu. Man versucht diesen Widerspruch dadurch zu beseitigen, daß man sagt, durch die Voraussetzung des Art. 49, durch die besondere Schwere des Verschuldens, sind die Fälle, in denen ein Genugtuungsanspruch zulässig ist, von den übrigen ausgesondert und so abgegrenzt, daß der Art. 49 wie alle anderen die Genugtuung zulassenden Vorschrif-

451) Oser Anm. 13 zu Art. 47.
452) Im Hof S. 151.
453) von Tuhr S. 106.

ten eine dem Sinne des Art. 24 TZG. entsprechende Besonderheit zeigt.[454]) In Wirklichkeit liegt in Art. 49 TOG. eine Korrektur des TZG. vor.[455])

Die regelmäßige Form der Genugtuung ist eine passende Geldsumme. „Durch diese Leistung des Schuldners erhält der Gekränkte eine Vergrößerung seines Vermögens, welche er zu beliebigen materiellen oder ideellen Genüssen verwenden kann. Die dadurch erzeugte Befriedigung und das Bewußtsein, daß diese Geldsumme dem Schuldigen abgenommen wird, soll die Unlust, die ihm die Kränkung bereitet hat, aufwiegen und zur Befriedigung des Rachegefühls dienen."[456]) Die Genugtuung hat nicht den Charakter einer Strafe,[457]) denn der Zweck ist nicht, daß der Täter die Geldsumme zahlen soll, sondern der Gekränkte soll in seinem Vermögen vermehrt werden. Dieser zivilrechtliche Charakter ist deswegen wichtig, weil die Schuld auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung vererblich ist. Wenn der Täter gestorben ist, hat der Gekränkte das Recht, sie von dem Erben zu verlangen.[458]) Da aber die Kränkung bei dem Gekränkten selbst herbeigeführt ist und die Genugtuung den Zweck hat, diese Kränkung auszugleichen, ist sie an die Person des Gekränkten gebunden und der Anspruch ist deshalb allgemein nicht vererblich. Das Gesetz billigt die Vererblichkeit im Falle des Verlöbnisbruches in Art. 85 TOG. (94 SOG.) nur für die Fälle, wo der Anspruch auf Genugtuung entweder anerkannt oder die Klage erhoben worden ist. Analog dieser Vorschrift wird die Vererblichkeit der Genugtuung unter denselben Umständen auch für andere Genugtuungsklagen anerkannt.[459])

Der Anspruch erlischt auch mit der Versöhnung.[460])

Dem Richter steht die Befugnis zu, im Falle des Art. 49 TOG. gemäß Abs. 2 desselben Artikels statt der Geldleistung eine andere Art der Genugtuung oder diese andere Art mit der Geldleistung zusammen anzuordnen. Als eine solche Art kann die Publikation des Urteils, die Verurteilung auf Widerruf, oder Ehrenerklärung in Frage kommen. Der Kläger kann auch die Zahlung der Geldsumme als Genugtuung an einen Dritten z. B. eine Wohlfahrtsstiftung verlangen.[461]) Die juristischen Personen können auch von diesem Schutz der Persönlichkeitsrechte Gebrauch machen.[462]) Es ist zu betonen, daß die Gerichte sowohl in der Schweiz als auch

454) u.a. Hacı Adil S. 295.
455) P. Tuor „Das neue Recht" S. 72.
456) von Tuhr S. 106.
457) Oser Bem. 2 zu Art. 47.
458) von Tuhr a. a. O.
459) u. a. von Tuhr S. 107; Oser Anm. 9 zu Art. 47.
460) von Tuhr S. 107.
461) Oser Anm. 16 zu Art. 49.
462) Im Hof S. 148.

in der Türkei von ihrer anerkannten Zuständigkeit wenig Gebrauch machen und beim Aussprechen der Genugtuung sehr zurückhaltend handeln;[463]) dies ist umso bemerkenswerter, als die Literatur[464]) in beiden Ländern einstimmig den Wunsch ausspricht, daß die Richter diese Haltung ändern möchten.

IV. Gründe der Herabsetzung des Schadensersatzes.

1. Die Einwilligung des Geschädigten.

Der Art. 44 des TOG., der von den Herabsetzungsgründen des Schadensersatzes spricht, behandelt drei verschiedene Fragen:

Die Einwilligung hebt an sich in solchen Fällen, in denen es sich nicht um die unverzichtbaren Güter handelt, die Rechtswidrigkeit auf.[465]) Nach dem Wortlaut des Gesetzes schließt aber die Einwilligung den Schadensersatzanspruch an sich nicht aus, sondern berechtigt den Richter, ihn auszuschließen[466]) oder zu mindern. Die Einwilligung hat also nicht immer die Anwendung des Satzes „volenti non fit iniuria" zur Folge. Dies wäre die einfachste, aber durchaus nicht die beste Lösung.[467]) Die Einwilligung hat nur insoweit eine Wirkung, als das Recht und die guten Sitten diese Einwilligung erlauben. Das Gesetz ordnet in manchen Fällen ausdrücklich die Nichtigkeit der vorherigen Einwilligung an. Eine Einwilligung, die die angegebenen Schranken des Rechts und der guten Sitten überschreitet, stellt nach Meinung Häberlins[468]) selbst eine Rechtswidrigkeit dar, oder steht einer solchen gleich. Deswegen ist sie als ein Mitverschulden des Geschädigten zu betrachten. In Wirklichkeit ist einer solchen Einwilligung jegliche Wirkung zu versagen. Denn die Einwilligung, die schließlich auch eine Willensäußerung ist, ist, wenn sie gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstößt, nichtig und deswegen kann ihr keine Wirkung zugesprochen werden. Sollte sonst derjenige, der jemand auf sein Verlangen getötet hat, den Hinterbliebenen die Ein-

463) Das Bundesgericht hat in seiner Praxis für folgende Fälle die nachstehende Genugtuung gewährt: Für Ehrverletzung durch falsche Anschuldigung und Verleumdung: 1000 Fr. (Revue der gerichtlichen Praxis Bd. VI Nr. 42); für verleumderische Beleidigung durch die Presse: 200 Fr. (R. d. g. P. Bd. V Nr. 27); für einen Arzt wegen Beleidigung durch eine Grabinschrift: 800 Fr. (R. d. g. P. Bd. V Nr. 27); bei einem anderen Fall der Beleidigung durch die Presse: 1500 Fr. (R. d. g. P. Bd. VI Nr. 33); vgl. dazu auch Im Hof S. 68—70; Temyiz Mahkemesi Bd. 11, Seite 9.

464) Oser Nr. 13 zu Art. 47, Hacı Adil S. 296.

465) von Tuhr S. 333.

466) Fick Anm. 68 zu Art. 49.

467) Burckhardt, S. 515.

468) S. 67.

willigung ihres Versorgers, wenn auch in Form eines Mitverschuldens entgegenhalten können?

Man könnte fragen, da die Einwilligung auf die Rechtswidrigkeit des schädigenden Ereignisses von Einfluß ist und sie aufhebt, ob nicht auch ohne die ausdrückliche Verweisung des Art. 44 sie der Ausschließung des Ersatzes dienen würde? Zu dieser Frage ist außer der Antwort Im Hofs,[469]) daß der erste Satzteil des Artikels 44, Abs. 1 die Zweifel beseitige, noch hinzuzufügen, daß ohne diesen Satzteil die Zweifel hätten bestehen können, daß die Einwilligung des Geschädigten immer und ganz die Schadensersatzforderung ausschließe. Der Art. 44 versagt der Einwilligung eine solche absolute Wirkung und überläßt die Bestimmung ihrer Wirkung dem Ermessen des Richters. Im Hof[470]) weist vorsichtig auch auf die Möglichkeit hin, „aus Art. 44 Abs. 1, erster Satzteil, die Regel abzuleiten, daß der Geschädigte für die Einwilligung sogar dann einstehen muß, wenn diese Einwilligung gar nicht auf die Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens mitgewirkt hat." Häberlin[471]) widerspricht diesem Gedanken allerdings ohne eine nähere Begründung, nur sagt er, daß dieser Gedanke jedenfalls sehr weit gehe. M. E. ist Im Hof in seiner Gegenüberstellung „hat der Geschädigte in die schädigende Handlung eingewilligt o d e r haben Umstände ... erschwert" und dem dadurch erzielten Ergebnis, daß der Geschädigte für seine Einwilligung auf jeden Fall, auch wenn sie nicht auf Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens gewirkt hat, einstehen müsse, Recht zu geben. Denn für die Wirkung der Einwilligung auf den Schadensersatz durch Ausschließung der Widerrechtlichkeit ist ihre Wirkung auf die Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens nicht notwendig. Die Einwilligung hat auf die Entstehung oder Verschlimmerung dann nicht eingewirkt, wenn sie für die Tat ganz gleichgültig war, d. h. ob sie erfolgte oder nicht, der Täter hätte in diesem Maße den Schaden verursacht, oder dann, wenn sie erst nach der Entstehung des Schadens erfolgt. In allen beiden Fällen ist ihr die von Art. 44 vorgesehene Wirkung zuzuschreiben. Im ersten Fall wird durch die Einwilligung die Widerrechtlichkeit des sonst widerrechtlich zu erwartenden Schadens aufgehoben. Im zweiten Fall ist dies nachträglich geschehen, d. h. die widerrechtliche Tat hat durch die Einwilligung ihre Widerrechtlichkeit verloren. Eine solche nachträgliche Einwilligung kann als ein Erlaß des Schadensersatzes betrachtet werden.[472])

469) S. 195.
470) a. a. O.
471) S. 186.
472) von Tuhr S. 333.

2. Das Mitverschulden des Geschädigten.

Das SOG. sagt in Art. 44: „Haben Umstände, für die er (der Geschädigte) einstehen muß, auf die Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens eingewirkt, oder die Stellung des Ersatzpflichtigen sonst erschwert, so kann der Richter die Ersatzpflicht ermäßigen oder gänzlich von ihr entbinden." Dieser Art. hat beim Übersetzen in der türkischen Sprache etwa folgenden Wortlaut bekommen: „...oder hat seine Tat zur Entstehung des Schadens oder zu dessen Verschlimmerung mitgeholfen, oder die Stellung des Schädigers sonst erschwert, so kann der Richter die Ersatzpflicht ermäßigen oder davon ganz absehen." Durch diesen Wortlaut hat das türkische Gesetz von dem Erfordernis eines Verschuldens seitens des Geschädigten ganz abgesehen. Der Geschädigte hat jede seiner Wirkungen auf den Schaden, also auch die unverschuldete zu tragen. Dieser Wortlaut des türkischen Gesetzes kann seine Rechtfertigung finden, wenn man an die Schwierigkeiten denkt, die mit den Worten „Verschulden" verknüpft sind, wenn von dem Verschulden des Geschädigten die Rede ist. Außerdem ist in einem Recht, das nicht für den entstandenen Schaden auch bei ganz kleinem Verschulden voll haften läßt, eine Beteiligung des Geschädigten an dem Schadensersatz auch ohne sein Verschulden gar nicht ungerecht oder prinzipwidrig. Denn wenn wir annehmen, daß es verschiedene Bedingungen für einen entstandenen Schaden gibt und keine von diesen von jemand zu vertreten ist, so entsteht keine Ersatzforderung des Geschädigten. Ein Verschulden ist erforderlich, um eine Ersatzforderung zu begründen. Die Höhe der Forderung ist von der Größe des Verschuldens abhängig. Den durch die Ersatzforderung nicht gedeckten Schaden trägt der in der Regel schuldlos Geschädigte. Es kann also auch beim Vorliegen eines fremden Verschuldens, sogar ohne Wirkung irgendeiner Tat, der schuldlos Geschädigte einen Teil der Last tragen müssen. Wenn aber außerdem seine Tat mitgewirkt hat, ist es ohne weiteres zu billigen, daß er den Schaden mittragen muß. Es ist deswegen auch in der Schweiz die Meinung vertreten worden,[473]) daß ein Verschulden, das den Anforderungen von Art. 41 entsprechen würde, nicht erforderlich sei. Eine Unterlassung ist selbstverständlich der Handlung gleichzustellen.

In der Tat liegen die Befürchtungen, die für das BGB. in Frage kommen, (wie etwa, daß einfache Reflexe und sinnlose Bewegungen auch angerechnet werden können) hier nicht vor. Denn es bleibt immer noch der Entscheidung des Richters frei, ob er diese Tat zur Geltung bringen will oder nicht. Diese Entscheidung wird in sehr vielen Fällen negativ ausfallen, d. h. die Reflexe oder schuldlosen Handlungen werden nicht zur Geltung gebracht. Es kann aber manche Fälle geben, bei denen, besonders wenn der Schädiger schuld-

473) Oser Anm. 6 zu Art. 44.

los ist oder ihn ein sehr schwaches Verschulden trifft, eine unerwartete schuldlose, vielleicht auch bewußtlose Tat des Geschädigten zu einem sehr hohen Schaden geführt hat, die Anrechnung auf diese Handlung der Billigkeit entspricht. In solchen Fällen gibt es keinen Grund, den Richter von der Berücksichtigung dieser Handlung abzuhalten. In der ganzen türkischen Literatur[474]) über den Art. 44 wird ein Übersetzungsfehler angenommen und von dem mitwirkenden Verschulden des Geschädigten geredet.

Wenn wir auch hier mit der herrschenden Meinung einen Übersetzungsfehler annehmen und ein Verschulden des Geschädigten verlangen, so muß das oben S. 77 ff. für § 254 BGB. für das Verschulden des Geschädigten Gesagte auch hier gelten. Es muß sich also um ein Verschulden im untechnischen Sinne handeln, wodurch der Geschädigte seine Aufgabe, den Schaden auf ein Mindestmaß zu beschränken und dadurch eine unnötige Vergrößerung der Schadensersatzpflicht des Schädigers zu verhindern, verletzt.

Das SOG. läßt die Ersatzpflicht durch den Richter ermäßigen, wenn die Umstände, für die der Geschädigte einstehen muß, auf die Entstehung oder Verschlimmerung eingewirkt haben. Dies bringt klar zum Ausdruck, daß es sich nicht unbedingt um eigenes Verschulden oder eine Tat zu handeln braucht, sondern die Taten der Angestellten, Arbeiter, Erfüllungsgehilfen, sowie von ihm gehaltenen Tiere fallen zu seiner Last.

Da es sich nach dem türkischen Recht nicht um ein Verschulden des Geschädigten handelt, ist selbstverständlich auch keine Zurechnungsfähigkeit erforderlich. In der Schweiz wird die Zurechnungsfähigkeit aber, und zwar in einem beschränkten Grad, verlangt.[475]) Fick[476]) kritisiert eine Entscheidung des Bundesgerichts, die bei urteilsunfähigen Personen das Selbst- und Mitverschulden gar nicht berücksichtigt und meint, daß dies in dieser Allgemeinheit unrichtig sei, denn der Vorschlag Burckhardts, aus Rücksichten der Billigkeit auch ein Verhalten einer urteilsunfähigen Person, das bei einer urteilsfähigen als Selbstverschulden oder Mitverschulden angesehen werden müßte, bei der Entstehung des Schadens in Anschlag zu bringen, sei doch wohl bereits in den Art. 42—44 und Art. 54 enthalten. Es wird dabei auch die Analogie des Art. 54, die Bestimmung über die Haftung der Unzurechnungsfähigen aus Gründen der Billigkeit, vorgeschlagen.

In dem Art. 44 des TOG. wird nur von der Mitwirkung der Tat des Geschädigten gesprochen. Es kann also nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes weder eine schuldhafte noch eine schuldlose Tat eines Dritten als Mitwirkung dem Geschädigten zur

474) Hacı Adil, S. 277, A. Samim S. 178, Cahid S. 53 ff. u. a.
475) Oser Anm. 7.
476) Anm. 62.

Last fallen. Dies könnte aber zu offenbar unbilligen Ergebnissen führen. Es ist nicht zu vereinbaren, daß der Geschädigte einerseits für seine ganz schuldlosen Handlungen, die, wenn sie einem Dritten Schaden zugefügt hätten, doch keinen Ersatzanspruch begründen könnten, verantwortlich gemacht wird, und anderseits von der Rechtsordnung mißbilligte Handlungen, für die er sonst verantwortlich wäre, wenn sie als Mitwirkung in Frage kommen, nicht zu vertreten braucht. Deswegen sind m. E. die Bestimmungen über die Haftung des Geschäftsherrn für die Schäden, die seine Arbeiter und Angestellten in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen verursacht haben (Art. 55), die Haftung des Tierhalters (Art. 56), die Haftung des Gebäude- und Werkeigentümers (Art. 58) und die Haftung für Hilfspersonen analog auch für den Fall der Mitwirkung des Geschädigten anzuwenden. Dieser Analogie steht auch nichts im Wege.

Die Wirkung des von dem Geschädigten zu vertretenden Umstandes auf die Kausalität ist zur Annahme einer Mitwirkung des Geschädigten vorauszusetzen. Es muß eine Mitverursachung vorliegen. Nur wo dies vorliegt, kann von einer Mitwirkung die Rede sein und dieselbe gegenüber dem vorliegenden Haftungsgrund auf die Waage gelegt werden.[477]) Diese Tat oder das Verschulden des Geschädigten kann ihre Wirkung schon zur Zeit vor dem Eintritt des Schadens vorausschicken und zum Eintritt desselben mithelfen, so daß eine gemeinsame Kausalität entsteht. Es kann aber auch sein, daß die Wirkung dieses Umstandes erst nach dem Eintritt des Schadens sich zeigt, dann wird es sich um Verschlimmerung eines bereits entstandenen Schadens handeln. Die Grundsätze über die Mitwirkung des Geschädigten sind nur auf diese Verschlimmerung des Schadens anwendbar.[478])

Die in § 254, II BGB. beschriebenen Arten der Unterlassung (das Nichtabwenden oder Nichtmindern des Schadens sowie das Unterlassen, den Geschädigten auf die Gefahr des unverhältnismäßig großen Schadens aufmerksam zu machen) müssen, obgleich sie nicht ausdrücklich hervorgehoben sind, auch für das türkische Recht als Mitwirkung angenommen werden. Die allgemeine Fassung des Art. 44 umfaßt auch jene Fälle mit, bei denen die Unterlassungen auch kausal sind und vertreten werden müssen. Sie sind im türkischen Recht sowohl bei vertraglichem als auch außervertraglichem Schadensersatz anwendbar, denn die allgemeine Vorschrift des Art. 98, II ordnet die Anwendung jeglicher Vorschrift über die außerkontraktlichen Schadensersatzfälle auch auf die kontraktlichen an.

---

477) Häberlin S. 69.
478) Häberlin S. 72.

3. Die Erschwerung der Stellung des Schädigers.

Art. 44 des TOG. berücksichtigt mit den Worten „hat die Tat des Geschädigten ... die Stellung des Schädigers sonst erschwert" einen anderen Fall. Wie mit dem Wort sonst gesagt wurde, müssen die Ergebnisse der Taten des Schädigers, die zwar nicht zur Entstehung des Schadens oder zur Verschlimmerung desselben führten, sondern die Stellung des Schädigers sonst irgendwie erschwerten, auch berücksichtigt werden. Dazu gehören z. B. die Fälle, in denen ein Vorteil, der zugunsten des Schädigers auf den Schaden angerechnet werden konnte, durch eine Handlung des Geschädigten ausbleibt, oder untergeht.[479]) Es kommt nur die Stellung des Ersatzpflichtigen als solche, als Ersatzschuldner in Betracht, nicht seine allgemeine Stellung. Eine Erschwerung der Stellung des Ersatzpflichtigen liegt im Sinne des Art. 44 dann nicht vor, wenn der Geschädigte den Schädiger in seinem Vermögen auch durch einen haftungsbegründenden Umstand geschädigt hatte. In diesem Fall wird seine Haftung dem Schädiger gegenüber unabhängig begründet, nicht aber dessen Haftung herabgesetzt. Der Schädiger kann natürlich seinen Schaden bei einer Gegenklage oder ganz unabhängig geltend machen, jedoch kann er sich nicht auf Art. 44 berufen.

4. Wann liegt eine Herabsetzung in Art. 44 vor?

Die Redewendung des türkischen und schweizerischen Textes: „Herabsetzung des Schadensersatzes" ist ausgenommen im letzten Fall zum mindesten mißverständlich und nicht einwandfrei. Denn es handelt sich nicht um eine Minderung der Ersatzpflicht, sondern um ein Verfahren für die Feststellung der notwendigen richtigen Höhe des zu leistenden Schadensersatzes. Der von dem Geschädigten herbeigeführte Teil des Schadens und die Verschlimmerung muß von der Ersatzpflicht ausgeschlossen werden. Die Ersatzpflicht des Schädigers für den Teil des Schadens, der durch die Tat des Geschädigten nicht entstanden ist, bleibt selbstverständlich unberührt.

5. Die Notlage des Schädigers.

Einen weiteren Ermäßigungsgrund schreibt das TOG. im Art. 44, Abs. 2 vor, der dem deutschen Recht auch unbekannt ist. Es soll nämlich die Ersatzpflicht von dem Richter dann herabgesetzt werden, wenn der Schädiger den Schaden nicht mit Absicht oder grober Fahrlässigkeit herbeigeführt hatte und dessen Ersatz ihn in eine Notlage versetzen würde. Es sind an sich schon die Vermögensverhältnisse nach Art. 43 bei Festsetzung der Art und des Umfangs des Schadens zu berücksichtigen. Es muß aber weiter darüber hinaus auch berücksichtigt werden, daß der Schuldner vielleicht nur durch

479) Im Hof S. 197.

leichtes Verschulden oder überhaupt unschuldig in diese Notlage versetzt wurde. Die herrschende Meinung[480]) in der Schweiz läßt es allerdings zu, daß, wenn der Geschädigte durch das schädigende Ereignis in Not geraten ist, seine Lage auch dadurch verbessert werden kann, daß der Ersatzpflichtige in Not versetzt wird, allerdings nicht ohne Ausnahmen, denn „es soll nicht ein Unglück durch ein anderes Unglück geheilt werden."[481])

V. Die Vorteilsausgleichung.

Sie wird im TOG. nicht erwähnt, ist aber als selbstverständlich zu berücksichtigen. Das oben für das deutsche Recht Gesagte, gilt auch für das türkische.

480) Oser Anm. 13; Fick Anm. 75.
481) Aus Hoffmann übernommen Fick ebenda.

Schlußwort.

Es ist mir ein Bedürfnis, am Schluß meiner Darlegungen meinem hochverehrten Lehrer, Herrn Prof. Dr. K. Th. Kipp dafür zu danken, daß er mich mit der Bearbeitung dieses Themas beauftragte und mir vielfältige Anregung und Unterstützung angedeihen ließ. Ebenso bin ich dem Kaiser-Wilhelm-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Berlin zu Dank verpflichtet, daß mir gestattet wurde, die Bibliothek zu benutzen.

Die Arbeit war für mich besonders interessant darum, weil ich sowohl den Geist der alten und neuen Türkei darstellen, wie mich mit dem Geiste des BGB. und des nat.-soz. Deutschlands befassen mußte. Ich habe dies umso freudiger getan, als der revolutionäre Fortschritt in meinem eignen Vaterland auch von mir ein Verständnis und eine Erarbeitung der großen neuen Ideen anderer Länder verlangt. Ich hoffe aber als Türke auch eins, daß ich meinen Lesern einen kleinen Einblick in das Rechtsleben der alten und neuen Türkei vermitteln konnte. In Kenntnis der augenblicklichen deutschen Gesetzgebung wird mir auch die Zielsicherheit der nat.-soz. Rechtsauffassung, ihre unbeirrbar völkische Auffassung und ihr Gedankengut eine wertvolle Hilfe und Anregung für mein weiteres Arbeiten sein.

Lebenslauf.

Am 4. Okt. 1909 wurde ich, Sadık Arda, als Sohn des Staatsrats Emin Arda und seiner Ehefrau Atike geb. Mütevelli in Janina geboren. Ich gehöre der mohammedanischen Religion an. Die Volksschule besuchte ich in Aleppo, Bartın und Vefa, die mittlere und höhere Schule in Istanbul, wo ich am 1. Juli 1928 das Reifezeugnis erhielt. Ab September 1928 besuchte ich die juristische Fakultät der Universität zu Istanbul und bestand im Juli 1931 nach einem sechssemestrigen Studium das Diplomexamen. In Edirne verbrachte ich meine Referendarzeit. Am 3. 8. 1932 wurde ich Sachbearbeiter im juristischen Büro des Finanzministeriums, wo ich bis zum 9. 3. 33 blieb. Von da aus wurde ich zum Staatsanwalt in Bafra ernannt. Am 4. 10. 33 wurde ich als erster Sachbearbeiter ins juristische Büro des Finanzministeriums zurückberufen. Meine Militärdienstzeit begann am 1. 5. 34. Nach einjährigem Dienst wurde ich als Reserveleutnant der Artillerie entlassen und kehrte in meine Stellung zurück. Im Dezember 1935 schickte man mich zur weiteren praktischen und theoretischen Ausbildung vom Finanzministerium aus nach Deutschland. Ab April 1936 besuchte ich die Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität zu Bonn und studierte 4 Semester Rechts- und Staatswissenschaft. Das Thema der Arbeit wurde mir von Herrn Prof. Dr. K. Th. Kipp gestellt. Die mündliche Doktorprüfung fand am 23. November 1938 statt.